Del

CONTRATTO SUCCESSORIO DI VITALIZIO

Dissertazione inaugurale

dalla

Facoltà di Diritto dell'Università di Berna

per il

Conseguimento del Dottorato

presentata da

PIERO BALESTRA

di

Gerra Gambarogno
(Ticino)

LUGANO
TIPOGRAFIA LUGANESE
1929

Del

CONTRATTO SUCCESSORIO DI VITALIZIO

Dissertazione inaugurale

della

Facoltà di Diritto dell'Università di Berna

per il

Conseguimento del Dottorato

presentata da

PIERO BALESTRA

di

Gerra Gambarogno

(Ticino)

LUGANO
TIPOGRAFIA LUGANESE
1929

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Del contratto successorio di vitalizio

CAPITOLO PRIMO.

Sviluppo storico.

Il diritto è un prodotto della coscienza sociale che varia nei diversi Paesi col mutare dei tempi, delle condizioni, dei sentimenti e della civiltà; proprio come l'arte, la letteratura, il costume e ogni altra manifestazione della vita di un popolo. Esso si adegua all'indole etnica e geografica di stirpi diverse per mezzo di istituti che crea e dai quali è a sua volta integrato; di questi alcuni mantengono il loro carattere originario, altri invece, meno refrattari all'azione di forze esterne al diritto, subiscono nelle loro fasi evoluttive notevole variazione.

Gli istituti di diritto ereditario, insieme a quelli del diritto di famiglia si dirigono più d'ogni altro ai sentimenti ed agli affetti che nascono dalla parentela (1); essi trovano la loro origine nel vincolo del sangue e dell'amore e sono per loro natura i più resistenti; le loro

(1). PAUL LEUBA — Du Régime Successoral en droit francais et en droit suisse — Paris — editore Marcel Giard 1925. «.... le leggi che reggono in ogni paese il regime successorale sono quelle che riflettono la migliore immagine dei suoi costumi, della sua coltura e del suo carattere proprio».

esigenze conservative sono più forti del diritto stesso che piegano e modificano.

Il contratto successorio di vitalizio (1) è compreso nella sfera del diritto ereditario; non sarà perciò di valore trascurabile la premessa di cenni riassuntivi circa i suoi precedenti storici, a renderne più chiara l'analisi dei requisiti e degli elementi che lo caratterizzano.

Giova affermare «a priori» che esso risulta dalla armonica combinazione di un contratto successorio e di un contratto di vitalizio: il primo di natura ereditaria, l'altro di natura obbligatoria. Il compito del primo capitolo si limita allo studio dei due negozi giuridici quali furono nella loro origine, e degli aspetti da essi assunti nelle diverse fasi della loro evoluzione.

§. I. ORIGINE E SVILUPPO DEL CONTRATTO SUCCESSORIO.

I. — NEL DIRITTO ROMANO. — Si riscontra sovente presso autori di qualche pregio una affermazione la quale pretende che al diritto romano fosse ignota questa forma di contratto: essa non è precisa; sia pure negativamente i romani la conoscevano; prevedevano infatti i mezzi onde fosse repressa come un'azione contraria ai buoni costumi (contra bonos mores).

(1). È chiamato comunemente contratto di vitalizio successorio, termine che secondo noi non riflette in modo sufficientemente preciso l'intima costruzione del contratto e il prevalere dei suoi elementi di natura ereditaria su quelli di natura obbligatoria. Cfr. il termine tedesco «Erbverpfründungsvertrag».

Circa questa loro avversione al contratto successorio si agitano differenti opinioni. Abbiamo una prima tendenza che potrebbe anche essere accettata, in quanto rende omaggio allo spirito prudente ed alla previdenza del legislatore: esso avrebbe inteso eliminare col contratto successorio la conseguenza funesta che può essere comportata da un'eventuale desiderio della parte beneficiata di realizzarne più rapidamente gli effetti mediante la soppressione della persona del testatore.

Altri vorrebbero anche sostituire la condotta previdente del legislatore romano di fronte ai pericolosi effetti del contratto successorio con qualificazioni di valore ben diverso quali ad esempio la pusillanimità, la timidezza o la viltà; essi sono turbati certamente da preconcetti, per cui, non li prendiamo in seria considerazione.

La terza tendenza che mi sembra la più conforme ad una saggia valutazione del costume latino fu per la prima volta sostenuta da Hasse (1).

I romani non avrebbero ammesso il contratto successorio perchè non potevano subire quelle limitazioni alla facoltà di testare che esso impone.

Ma non sarebbe vero allora che anche in Roma la «successione intestata» abbia preceduto quella «testata»? Ciò è incontestabile: lo si desume dalla critica moderna e dalle autorità del Digesto medesimo secondo il passo delle XII Tavole: Paterfamilias uti legassit super pecunia et tutelave sueae rei, ita jus esto.

(1). HASSE — Ueber Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung von Todes halber und Wechselseitiges Testament. Im «rheinischen Museum für Jurisprudenz» Vol. II. pag. 156 ss. Beseler — Erbvertrag — vol. II. I. - pag. 114.

Tuttavia la facoltà di testare la quale si svolge con lenta evoluzione altrove ha preceduto col diritto romano tutti gli altri sistemi; già durante il tempo classico e la codificazione giustinianea il regime successorio si fondava sul testamento.

I romani si facevano del testamento un concetto scrupoloso e squisito al tempo stesso; il contratto successorio avrebbe intralciato un diritto che essi ritenevano sacro: il diritto di una volontà mortale che detta leggi al di là della vita, che risale naturalmente alle regioni sublimi delle fonti di diritto, e che lo stesso Leibnitz ha poi fatto derivare dalla immortalità dell'anima.

A questa ragione se ne aggiungeva una seconda: la nobilissima considerazione dell'uomo libero, del civis romanus, al quale nessuna restrizione poteva essere ammessa nella espressione del suo diritto di testare che ha sede nella coscienza umana.

Il civis romanus doveva essere fino all'ultimo momento di sua vita l'esclusivo «moderator et arbiter rei suae» e doveva possedere scevra da ogni vincolo la possibilità di perpetuarsi mediante la trasmissione delle «sacra privata».

Lo Stato gli accordava tutta la sua fiducia e gli riconosceva così una salda formazione ed una coscienza civica tale da indurci a credere che l'uomo fosse a quell'epoca più saggio della legge in antitese al moderno giudizio del Bourjou che vuole la legge più savia dell'uomo.

La medesima ragione è lumeggiata dal Troplong nel suo trattato «Delle donazioni». Il testamento è il trionfo della libertà nel diritto civile: è contrastato, è inceppato quando la libertà è male assisa: è rispettato

quando la libertà civile ha nella società il posto che le appartiene. La proprietà essendo la più legittima conquista della libertà dell'uomo sulla materia, e il testamento essendo la più energica espressione della libertà del proprietario, ne consegue che quanta è la libertà civile in uno Stato, altrettanto vi è libero il testamento.

Concludendo: libero il civis romanus, libero quindi il suo testamento da ogni limitazione o parvenza di contratto successorio.

Al testamento corrispondeva l'istituzione di erede obbligatoria, tenuta a continuare le funzioni del de cujus nei suoi diritti e nelle sue obbligazioni. Ammessa era la sostituzione volgare ossia quella che prevede la designazione di un secondo erede qualora il primo resti irreperibile, la sostituzione pupillare concessa a tutti gli ascendenti per un discendente cui manchi ragione. Infine era ammesso tanto il fide-commisso, diventato più tardi istituzione fidecommissaria, ossia istituzione di un erede incaricato di trasmettere il patrimonio ad un altro erede designato, quanto il legato a carico dell'erede istituito.

Sono tutti modi differenti di disporre per testamento: in tutti però si riscontra un elemento comune, cioè il trapasso costante di una proprietà dal dominio del defunto ad altra persona; cosicchè la successione diventa il mezzo per eternare la proprietà.

La nozione di questa proprietà differiva assai nella concezione romana da quella germanica; da una parte un principio materiale dall'altra invece un principio spirituale; da una parte un principio individualista, dall'altra un principio famigliare, collettivo.

La diversa concezione della proprietà è assai importante poichè da essa dipende la diversità che distingue

il sistema successorio romano da quello germanico: essa giustifica nel diritto germanico l'apparizione del contratto successorio escluso dal diritto romano.

II. — NEL DIRITTO GERMANICO — Secondo Tacito (1) i Germani ritenevano che la successione dovesse essere da Dio predisposta nell'interesse della tribù e dei suoi singoli componenti: «Deus solus heredem facere potest, non homo — Heredes gignuntur non scribuntur».

Con ciò escludevano l'intervento della volontà dell'uomo ed il suo conseguente diritto di disporre per testamento. (2) (3)

Ma non fu sempre così: Roma estese il proprio dominio anche al Nord e con esso vi diffuse il proprio diritto e le tendenze dei propri legislatori; in seguito a tale azione si infiltra gradatamente nelle istituzioni germaniche anche la facoltà dell'individuo di disporre per ultima volontà pur restando sempre soggetta a riserve ed a restrizioni.

Le prime disposizioni di diritto germanico che concedessero la possibilità di devolvere i beni posseduti

(1). De moribus germanorum — §. 22 — Tacito.

(2). Tacitus Germania cp. 20: «Heredes tamen successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum; si liberi non sunt proximus gradus in successione fratres, patrui, avunculi». Cfr. Beseler — Lehre von den Erbverträge — 1840 — I. pag. 2. Stobbe; Handbuch des deutschen Privatrechts 1885 — Vol. V. pag. 170: «.... die Grundsätze des objektiven Rechts, nicht der Wille des Erblassers entscheiden darüber, was nach seinem Tode aus seinem Vermögen wird».

(3). Conseguenza anche del fatto che i Germani non attribuivano la proprietà ad un singolo individuo ma piuttosto ad un ente collettivo: la famiglia.

ad altra persona non appartenente agli eredi prestabiliti dalla legge si manifestano nel Thinx o Gairethinx (1) dei Longobardi e nella Affatomia (2) dei Franchi. Entrambe le istituzioni erano originariamente applicazioni del diritto di famiglia: appaiono nell'editto di Rotari la prima e nella legge Salica la seconda: subiscono un lungo sviluppo mediante il quale le loro funzioni maturano dal diritto famigliare a quello successorio onde alcuni fanno ad esse risalire la più remota e rudimentale apparizione del contratto successorio.

A) *Il Thinx o Gairethinx* riflette una intima attinenza famigliare; ciò è comprovato dalle seguenti ragioni;

1. — Nessuno il quale avesse figli o diretti discendenti era autorizzato a concludere la cosidetta thingatio (3).

2. — Essa costituiva secondo la comune opinione una eccezione nel diritto assoluto e legale ed i parenti solevano ritenerla un motivo di offesa (inimicitia gravis).

L'istituto non prevedeva soltanto il trapasso di proprietà dal testatore alla persona designata ma con-

(1). Per l'istituto del Thinx confrontare: Pappenheim «Launegild und Gairethinx» (Gierke, Untersuchungen zu deutschen Staats und Rechtsgeschichte (XIV) pag. 68; Schupfer in Archivio giuridico 31 — pag. 509 es. Dello stesso: «nuovi studi sulla legge Udinese Roma 1882».

(2). Sull'origine etimologica della parola Affatomia, adfatimus, adfathamire, ecc. confrontare: Amira — Erbfolge pag. 58 e ss.

(3) HEUSLER: Institutionen des deutschen Privatrechts 1886 pag. 623 — Originariamente ogni parente cui spettasse per legge una successione escludeva la possibilità di una thingatio.

feriva a quest'ultima tutti i diritti dell'erede diretto, dai quali inoltre non poteva esserne esclusa se non fossero intervenute a suo danno colpe tali «quales solent ingrati filii parentibus suis facere per quas axhereditantis» (c. 174 Rothari).

Qui possiamo benissimo intravvedere una vera e propria successione universale nella sostanza del disponente dove l'erede designato prestava le debite garanzie (quale un erede legale) per le passività del de cujus.

Il trapasso dei beni aveva la sua effettuazione solo alla morte di chi aveva disposto la thingatio (1). Tuttavia questi era limitato nel suo agire dalla conclusione stessa del contratto al quale per lo più si accludevano previdenti disposizioni affinchè il testatore «non dispergat res ipsas postea doloso animo, nisi fruatur eas cum ratione» (c. 173 Rothari), non scialaquasse cioè dolosamente il suo avere nell' intento di danneggiare l'erede istituto. Prevenzione analoga a tutela degli interessi dell'erede contrattuale contempla oggi ancora come vedremo in seguito il B. G. B. germanico (§ 2287-2288).

Il Thinx era conchiuso «coram populo» ossia con forma solenne (2).

(1). «Si quis res suas alii thingaverit et discerit in ipso Thinx lidinleib, id est quod in die obitus relinquerit». C. 173 Rothari.

(2). Si quis res suas alii thingare voluerit, non absconse, sed ante liberos homines ipsum gairethinx faciat. C 172 Rothari. Heusler — Op cit. Libro II. pag. 622: riferendosi alla cosidetta «traditio ante regem aut in mallo» afferma che essa è un'azione la quale in origine avveniva davanti al Tribunale ossia davanti al popolo e da ciò appunto si chiamò nell'editto dei Longobardi Thinx o Gairethinx.

La pubblicità e la collaborazione del popolo a questo atto non è altro se non la conseguenza del diritto che il popolo aveva originariamente di designare gli eredi a chi ne fosse sprovvisto; abbiamo detto più sopra che solo colui al quale mancava una diretta successione poteva disporre del Thinx: detto istituto costituiva perciò una precedenza che il popolo accordava al testatore, ossia il diritto di proporsi un'erede alla pubblica vidimazione; questa col tempo venne sfrondata di molti elementi; si ritenne sufficiente la presenza di pochi uomini liberi perchè la conclusione del contratto fosse valida.

B) — *L'affatomia della legge salica.* — Essa presenta uno sviluppo analogo a quello del Thinx in ogni suo punto essenziale (1). Non era più stipulata davanti al popolo. Dopo il consolidamento del dominio reale molte mansioni esplicate prima dal popolo furono assunte dal re cosicchè anche un contratto quale l'Affatomia bastava fosse concluso « ante rege » per essere dichiarato valido.

Scapita con ciò il carattere di pubblicità del contratto; di più esso andò sempre diminuendo le proprie esigenze e da ultimo non era neppure richiesta la presenza personale alla conclusione del contratto ma era sufficiente la « traditio cartae ».

Col tempo anche il suo carattere distintivo di diritto famigliare impallidì lasciandosi man mano sostituire da quegli elementi che appartengono ad un negozio reale di trapasso di beni.

(1). Cfr. Die Affatomie der Lex Salica di Riccardo Schmidt Monaco 1891.

La successione universale non era più condizione per l'Affatomia ma era possibile che il testatore manifestasse la volontà di alienare per causa di morte anche soltanto una parte della propria sostanza (1).

C) — *Donazioni a causa di morte.* — Gli istituti del Thinx e della Affatomia, paralleli e distinti, sono fusi per azione del tempo, per intervento di nuove necessità e costumi nuovi in un'unica manifestazione giuridica: la donazione a causa di morte (donatio mortis causa) (Schenkungen von Todeswegen).

L'oggetto di queste donazioni comprendeva la parte riservata alla libera disposizione del testatore (Freiteil); al primo apparire dell'istituto, vigendo ancora consuetudini pagane, esso si limitava all'importo dei valori costituito dalla cosidetta « parte del morto » (Totenteil) (2), per lo più armi, utensili, monete che si solevano seppellire col cadavere.

Sostituendosi al paganesimo la dottrina cristiana intervenne una diversa concezione dei destini dell'uomo dopo la sua morte; decadde l'abitudine di seppellire col morto oggetti e valori; essa fu sostituita dalla designazione di un corrispettivo che fosse devoluto a scopo di pietà e a riti religiosi «pro salute animae ».

Nella più remota apparizione questo corrispettivo consisteva esclusivamente in beni mobili ed essendo per lo più versato ad un ente religioso escludeva ogni forma contrattuale. Tale forma interviene solo più tardi

(1). Legge Salica — Tit. 46: « De fortuna sua dicat verbum quantum voluerit aut totam fortunam suam cui voluerit dare ».

(2). BRUNNER — Der Totenteil in den germanischen Rechten — nella rivista della fondazione Savigny — Germ. Abt. Vol. 19 pag. 138.

quando la disposizione di queste donazioni poteva essere un contratto tra vivi, unilaterale o bilaterale, quando la loro convenzione divenne quella della «donatio post obitum» oppure della donazione con riserva di usufrutto (1), quando per necessità che possiamo definire di ordine economico si aggiunsero ai beni mobili anche i beni immobili quali oggetto di donazione « mortis causa ». È importante rilevare come queste donazioni non conferissero alla persona che le riceveva la qualità di erede ma puramente un diritto reale sopra un lascito futuro, poichè da questo fatto dipendono le opinioni diverse che lasciano incerta l'epoca in cui sorse od ebbe vita il contratto successorio.

Secondo alcuni autori essa sarebbe remotissima, secondo altri recente: essa risale, alle concezioni differenti che si agitano attorno all'aspetto giuridico di questo istituto e particolarmente alla posizione delle parti nel contratto: se si intende quale contratto successorio il contratto bilaterale stipulato tra vivi sopra un lascito futuro obbligatorio allora queste primitive donazioni a causa di morte saranno veri e propri contratti successori. Se invece sottò la denominazione di contratto successorio si comprenda quel contratto che conferisca o cancelli la qualità di erede allora questa formazione sarà una apparizione recente.

(1). Otto Stobbe — Deutsches Priv. Recht. libro V. pag. 184. «Del contratto successorio inerente a beni mobili»: .... Il diritto primitivo non permetteva negozio giuridico alcuno inerente a beni mobili e stipulato nella forma della donazione a causa di morte. Non si dovevano conferire per causa di morte dei beni mobili ad un altro e riservarsi o farsi trasmettere il loro uso a vita. «Donner et retenir ne vaut».

Perciò difficilmente si accorderanno gli autori nel ritenere queste donazioni a causa di morte contratti successori o meno. Un fatto è certo: verso la fine del Medio Evo il diritto romano e il diritto canonico, imponendo il predominio dei loro principii fondamentali sul diritto germanico, conferiscono una nuova orientazione anche alle donazioni a causa di morte, generando da una parte il testamento dall'altra il contratto successorio irrevocabile negozio giuridico atto a conferire la qualità di erede.

Tollerare accanto al testamento il contratto successorio parrebbe contraddicevole alla funzione stessa della recezione; ad esclusione di ogni dubbio si noti però che le cause le quali inducevano i romani a reprimere un tale contratto non ricorrevano nel diritto germanico; di più esso lo aveva coltivato nei diritti particolari di certe regioni e negli statuti cosicchè come prodotto di diritto tradizionale (Gewohneitsrecht) venne riconosciuto dal diritto comune (1).

§. 2. ORIGINE E SVILUPPO DEL CONTRATTO DI VITALIZIO.

I. — STRUTTURA ECONOMICA — Il diritto interviene in questo contratto a risolvere una necessità economica, quella cioè di assicurare cure, mantenimento

(1). BESELER — System des gemeinen deutschen Priv. Rechts — pag. 648.

SCHIFFNER — Der Erbvertrag nach dem Bürgerl. Gesetzb. 1898 pag 32.

DERNBURG — Pandekten III. p. I. 26.

BRINZ — Pandekten III. §. 1. pag. 28.

assistenza e abitazione a persone che perdono con l'attitudine al lavoro anche la capacità di soddisfare da sè medesime alle necessità richieste dall'esistenza.

Non vi è certamente nulla di più compassionevole dello stato di colui il quale debba affidarsi per vivere a quello spirito di umana solidarietà che è fonte di ogni azione caritatevole. Il contratto di vitalizio è appunto il mezzo per cui si cerca di sottrarre il vecchio ed il debole a così amare umiliazioni.

Una superficiale osservazione di questo contratto nel suo sviluppo ci potrebbe indurre alla conclusione che l'effetto umanitario che da esso deriva sia nullo o apparente: solo chi è privo di ogni sostanza può trovarsi in così malaugurate contingenze da dover ricorrere ad altri per vivere, e costui precisamente non è in grado di stipulare un contratto di vitalizio quale sia previsto dalla legge; di contro, colui che già possiede una sostanza la può sempre convertire in capitale che produca da solo il mezzo per assicurarsi le risorse necessarie al sostentamento anche qualora le forze non lo sorreggessero più al lavoro.

Ciò potrebbe avere ai giorni nostri qualche fondo di verità; sarebbe invece da escludersi in modo assoluto per le epoche precedenti: oggi il capitale predomina nel campo economico mentre allora erano oggetti di patrimonio unicamente i beni immobili ed i terreni, i quali, è risaputo, non producono se non adeguatamente coltivati.

Narra il Grimm (Deutsche Rechtsaltertümer) che ai primordi cosi come si sopprimeva il neonato deficiente o poco promettente, pure vigeva il barbaro costume di uccidere l'inabile al lavoro ritenuto un peso inutile che gravasse la società. Assumendo col tempo

l'istituzione della famiglia funzioni più specificate si finì per attribuirle il mantenimento di questi incapaci.

Era giusto che colui il quale avesse dedicato al comune interesse della famiglia la propria attività, più tardi, stremato di forze ne traesse tale ricompensa (1); con ciò la famiglia non faceva altro che soddisfare la sua funzione etica.

In Roma l'introduzione di un sistema monetario quale mezzo di scambio aveva creato un'economia che sebbene difettosa e rudimentale tuttavia apriva la possibilità di risolvere egregiamente molti problemi.

Queste facilitazioni erano sconosciute ai popoli nordici e vedremo perciò come l'origine del nostro istituto risalga alle loro consuetudini. Essi erano organizzati in tribù nomadi: questo loro carattere però si disperse man mano e aquartierandosi nelle terre più atte alla coltivazione i componenti delle tribù incominciarono ad immedesimarsi con la terra che essi stessi lavoravano; l'uomo cominciò ad amare questa terra e dal suo primo istintivo attaccamento ne conseguì il bisogno di assicurarsene la libera disposizione. Essa formava più tardi il suo patrimonio privato. (2)

II. — DEL LEIBGEDING. — Vendere, alienare voleva dire per i popoli germanici, i quali non concepivano lo scambio per mezzo della moneta, trapasso di un terreno coltivabile da Tizio a Caio il quale per

(1). Si noti a questo proposito che le armi, gli utensili e gli ornamenti non costituivano economicamente valore alcuno per cui mancava a colui il quale ne abbisognasse anche la risorsa di una eventuale alienazione di questo patrimonio privato.

(2). In origine il terreno era patrimonio collettivo della tribù la quale lo suddivideva poscia alle famiglie ed ai singoli.

lo più si impegnava di mantenere, nutrire e vestire il primo durante il resto della sua esistenza.

Tale negozio era contraddistinto nel diritto germanico dai termini: Auszug, Altenteil, Ausgeding, Leibgeding. (1)

Non sempre questo trapasso avveniva per volontà delle parti. Al tempo della servitù della gleba (Erduntertänigkeit) il signore, il vassallo aveva un interesse di assegnare i propri dominî a forze giovani perchè la terra fruttasse di più: così il vecchio lavoratore era costretto a cedere il podere per lo più a discendenti riservandosi il diritto a quelle prestazioni che gli rendessero possibile l'esistenza: esse dovevano essere fornite dai successori. Qualora invece avesse voluto compiere volontariamente un tale negozio, il costituente doveva assicurarsi l'adesione del suo signore e tener conto della precedenza accordata ai famigliari. (2)

Con questa precedenza vediamo innestarsi sul primo istituto anche un secondo che ha pure origine

(1). Per facilitare lo studio delle fonti reso assai complicato dalla grande varietà di termini impiegati a designare l'istituto cfr.: Runde — Rechtslehre I. §. 49 terminologie.

(1). ARTHUR FISCHER — Tesi di diritto — Breslau 1913 — pag. 14 «Ueber die Leibrente» — «..... certamente il trapasso ad un altro era ancora molto limitato. Poichè anche svaniti i tempi della servitù della gleba predominava la convenzione che la comunione domestica (gesammte Haus) avesse un diritto di appartenenza al complesso dei beni rurali (Hof) morto il proprietario. Qualora un forastiero dovesse o volesse acquistare la successione (naturalmente mancando discendenti diretti) ogni membro del comune opponeva, in origine, un diritto di precedenza, ogni vicino un diritto di sorteggio e di più gli eredi ossia i parenti avevano un «Beispruchsrecht» vale a dire dovevano partecipare alla alienazione».

da una ragione più economica che giuridica, che impedisce con la riduzione del possesso rurale a minime proporzioni (derivante dalla divisione reale — Realteilung —) gli svantaggi che da essa ne conseguono.

L'istituto era denominato « Anerberecht » e provvedeva a che il masserizio restasse unito. (1)

I diritti dei genitori che si ritiravano pesavano in generale sul podere ed erano vincolanti anche per i futuri proprietari: ciò è illustrato dal detto: « die Alten werden mit dem Hof. verkauft ». Negli elementi costitutivi del Leibgeding possiamo rilevare:

a) l'espressione di una tradizione patriarcale che si confaceva alle modeste esigenze dei tempi.

b) la preoccupazione di non esorbitare dalle norme di diritto successorio allora vigenti nella consuetudine.

c) la previsione di vantaggi economici.

III. — DEL VITALIZIO (VERPFRÜNDUNGS-VERTRAG). — Il sistema economico basato sulla moneta si estende man mano anche al nord sostituendosi allo scambio che prevedeva prestazioni in natura; le esigenze della vita crebbero sempre più con le difficoltà di mutare i prodotti naturali in danaro; d'altra parte la Chiesa conseguiva risorse sempre nuove e mezzi sempre più vasti.

Essa sola poteva offrire le più attendibili garanzie:

(1). Cfr. C. C. S. art. 620 — 621 — 625. Essi pure si occupano di conservare, per quanto possibile, il masserizio quale unità economica. Analoghe disposizioni, sebbene sotto forme diverse contengono le leggi di Berna e Soletta a proposito del « Minorasco » (XVIII. secolo).

ragione per cui infermi, vecchi e deboli erano determinati a cercare una vita senza preoccupazione cedendo ai conventi i propri beni e ritraendone la desiderata assistenza ed il mantenimento; inoltre la stipulazione di un tale contratto con la Chiesa precludeva la via ad ogni pretesa degli eredi (1)

Dalle classi agricole l'applicazione di questa risorsa giuridica si estese successivamente alle altre: assistiamo alle due fasi distinte della evoluzione del contratto di Leibgeding al vitalizio (Verpfründungsvertrag):

a) all'egoismo del signore o vassallo si sostituisce la libera volontà del disponente.

b) al podere si sostituisce il capitale quale mezzo di scambio per l'acquisto del diritto a prestazioni vitalizie.

Così trasformato il contratto si chiamò come sopra detto Verpfründungsvertrag, termine derivato da Pfründe che equivale a « Prebenda ». L'etimologia della parola indica una efficacia del diritto canonico. Ora da tale prova e dal fatto che il diritto canonico si ispira alle fonti del diritto romano (Ecclesia lege romana vivit), alcuni vorrebbero far risalire allo stesso anche il contratto di vitalizio.

Tale ragionamento però mi pare abbia un sapore alquanto sofistico: è vero che l'espansione dei conventi al nord ha imposto al contratto forme particolari;

(1). ARTHUR FISCHER — Op. Cit. — « ..... il diritto e la pretesa degli eredi erano pertanto annullati quando un'assegno o donazione era fatto a favore della Chiesa. Essi si chiamavano « Seelgabe » perchè avvenivano a suffragio delle anime.

ciò non nega tuttavia quanto siamo venuti sin qui esponendo e la sua natura resta pur sempre germanica.

Questa forma contrattuale per cui si cerca un rimedio alle difficoltà dell'esistenza trasmettendone le preoccupazioni a terzi assume anche nel nostro paese aspetti diversi riguardo alle capacità dei contraenti e riguardo la forma. (1)

Nei nostri diritti statutari il legislatore manifesta una certa scrupolosità e disposizioni relativamente rigide nell'ordinamento dell'istituto di vitalizio. Lo stesso d'altronde esprimono i protocolli della seconda lettura del B. G. B. (2) più specificatamente per i contratti successori di vitalizio: « essi non sono da favorire dal punto di vista del legislatore poichè la triste speculazione sulla prossima morte del vitaliziato aggiunge alla sua esitenza precaria un nuovo pericolo ».

Le amare esperienze nelle quali infatti talvolta incorre il vitaliziato sono tradotte non senza qualche realtà dall'ironia di vecchi proverbi:

« ..... Uebergeben ..... Kümmerleben »

« ..... Zieh dich nicht eher aus, als du schlafen gehst »

« ..... Wer den Kindern gibt das Brot,
Und leidet selber Not
Den soll man schlagen mit dieser Keule tot!

(1). Leu - Eidgenossisches Stadt und Landrecht — IV — pag. 134 - 135

(2). Protokoll der II. Lesung zum B. G. B. - II - pag. 370.

CAPITOLO SECONDO.

Natura giuridica.

« Le droit apparaît à un oeil exercé comme un organisme logique d'institutions et de définitions juridiques : à un oeil moins exercé il ne présente que un ensemble de régles ». (1)

Sebbene anche la nuda enumerazione di regola abbia un valore innegabile per quanto riguarda i rapporti della vita pratica e la considerazione esteriore degli istituti di diritto, ad essa non potrebbe tuttavia limitarsi il compito dell'attuale capitolo. Cercheremo perciò (secondo le nostre modeste capacità) di analizzare il contratto successorio di vitalizio, ossia di scomporlo in quegli elementi costitutivi che potremmo definire i corpi semplici del diritto ; per mezzo loro ci sarà concesso stabilire i punti di contatto che ad altri avvicinano il nostro istituto e di metterne in luce le caratteristiche che lo distinguono.

Perchè lo studio del contratto successorio di vitalizio fosse situato nel clima dal quale trasse la sua origine abbiamo fatto precedere separatamente lo sviluppo storico del contratto successorio da quello del contratto di vitalizio.

Per analoga considerazione dobbiamo esporre (sia pure in forma schematica) questi due istituti nella loro particolare struttura giuridica per dedurne con maggior chiarezza quella del contratto successorio di vitalizio che appunto si integra colla loro combinazione.

(1). JHERING — Esprit de droit romain. Traduzione di O. de Meulenaere - Tit. I. pag. 43.

Per evitare ogni eventuale equivoco specifichiamo fin d'ora la designazione generica di contratto successorio usata fin qui con quella di contratto di istituzione di erede che direttamente ci interessa.

§. 3. COSTRUZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO DI VITALIZIO.

« Il Contratto di vitalizio è quello con cui una parte si obbliga a trasferire all'altra una sostanza o determinati beni e questa a procacciare alla prima il mantenimento e la assistenza vita sua durante ». (Art. 521 C. O.). Si tratta di un vero e proprio CONTRATTO BILATERALE ; infatti esso richiede oltre alla convenzione delle volontà delle parti, che le parti convenute assumano reciproche obbligazioni ; così mentre il debitore si obbliga al mantenimento e all'assistenza del costituente questi gli verserà a sua volta un determinato compenso che consista nel suo intero patrimonio, in una quota dello stesso o in uno o più dei singoli beni. (1)

Contrariamente a quanto prescrive il diritto germanico, cioè la consegna di un fondo, questi beni possono essere tanto mobili quanto immobili e consistere in una somma di danaro. (2)

(1). Commentario OSER — Diritto delle Obbligazioni — trad. Colombi Bellinzona 1914. Annot. art. 522 2 (b).

(2). Le obbligazioni assunte dalle parti devono equivalersi al momento della conclusione del contratto perchè la bilateralità del Contratto si mantenga. Cfr. Cap. IV. pag.

I. — NATURA DEL CONTRATTO DI VITALIZIO IN RAPPORTO ALLE OBBLIGAZIONI DEI CONTRAENTI — Esse non presentano un carattere costante onde sarà opportuno osservarle nelle loro diverse apparizioni giuridiche per vedere dove il contratto di vitalizio che le ha generate sia da ritenersi un diritto unitario (Einheitlisches Recht) e dove costituisca invece un complesso di diritti autonomi (Selbständige Forderungen).

A) *Il vitaliziante assume una serie di prestazioni di genere diverso.* — In questo caso secondo l'opinione unanime degli autori l'ordinamento giuridico del contratto non riposa su un diritto unitario ma risulta piuttosto dall'unione di diritti autonomi determinata da un comune scopo economico: quello cioè di assicurare l'esistenza del vitaliziato. Fornire una abitazione, procurare alimenti, assistere nelle malattie sono tutte prestazioni di genere diverso se pure scatenti da una stessa origine e analogamente i diritti che esse creano sono autonomi quantunque appartenenti ad uno stesso principio giuridico.

B) *Il vitaliziante assume più prestazioni di genere analogo da ripetersi entro termini regolari, da versarsi in danaro od altri compensi.* (1)

Allora non si potrà negare che al complesso delle

(1). Eccius — In Gruchots Beiträgen zur Erleuterung des deutsch. R. 45 — pag. 16 Ritiene che oggetto di rendita vitalizia non sia soltanto danaro o cose mutabili in danaro ma altresi prestazioni obbligatorie di contenuto vario, azioni fungibili e diritti a mantenimento. Annulla così di fatto la differenza tra vitalizio e rendita vitalizia.

obbligazioni che gravano il vitaliziante pervenga un carattere unitario e che dal vitalizio nasca un diritto complessivo alle singole prestazioni. Ogni prestazione singola rappresenterà per lo più una quota e diventerà il mezzo di cui si vale il debitore del vitalizio per realizzare col tempo la sua prestazione unica e complessa. Ogni diritto alle prestazioni periodiche non sarà autonomo ma comprenderà invece la parte integrante di un diritto unitario.

C) *Il vitaliziato compensa mediante il trapasso di un bene immobile.* — Col Leibgeding il diritto germanico assegnava al costituente, quale obbligazione, il trapasso di un fondo. Il nostro contratto di vitalizio, così come è organizzato nel C. O., ammette anche altre prestazioni e trapasso di beni mobili. I casi però in cui i trapassi di un fondo dal costituente al debitore sia una conseguenza del contratto, superano anche nella nostra pratica gli altri. Ci si richiede se il vitalizio stipulato mediante il trapasso di beni immobili costituisca ipso jure un diritto reale, efficace verso ogni eventuale proprietario dei beni o soltanto invece una pretesa personale (persönlisches Anspruch) verso il debitore del vitalizio. (1) Il nostro C. O. mi pare affermi esplicitamente che tale contratto assume per se stesso valore reale (Reallast). Infatti l'art. 523 C. O. dice che il costituente il quale abbia trasferito al

(1). Aderiscono alla prima tendenza: RUNDE — Lehre von der Leibzucht oder dem Altenteile auf deutschen Bauerngütern 1805 — II· parte § 33 e seg. e nel «Zeitschrift für deutsches Recht» libro VII pag 24 ss. —: «Ueber die erfrühte Erbfolge». Buddens in Weiske's Rechtslexikon 1842 Vol. I. pag. 1834 §. 1 nota 3 — §. 3. nota 4. — §. 4. nota 7 — §. 14. (pag. 131 ss.)

debitore di un vitalizio un fondo ha sul medesimo l'ipoteca legale del venditore a garanzia delle sue pretese; in questo articolo l'obbligo di garantire col fondo è ingiunto al debitore del vitalizio non quale presupposto ma quale effetto del contratto. (1)

II. — ANALOGIE DEL VITALIZIO CON ALTRI ISTITUTI GIURIDICI (TEORIE) — Come nella pratica delle diverse legislazioni il contratto di vitalizio è oggetto di ordinamenti diversi, così nella teoria esso occupa il giurista con la sua natura interpretata in forme molteplici. Si cerca di ridurlo entro i limiti di contratti tipici e così gli si tessono attorno diverse costruzioni tutte facilmente oppugnabili, specialmente nei riguardi di un contratto di vitalizio tale quale lo richiede il nostro C. O.

A) Una prima tendenza lo costruisce per analogia sul *contratto di compera* (Kauftheorie). Venditore il costituente, compratore il debitore del vitalizio. Se non che da un esame dei termini del contratto vediamo che al vitalizio manca un elemento che è invece essenziale al contratto di compera: il prezzo. Il costituente cede dei valori non per ricavarne danaro ma per assicurarsi i vantaggi dell'assistenza, mentre il

(1). – Diversamente a quanto stabilisce il nostro C. O. la natura reale di un vitalizio basata sul trapasso di un fondo non sorge ipso jure in altre legislazioni. Così per esempio secondo l'articolo 41 del «bayerischen Ausführungsgesetz zum B. G. B.» il costituente acquista, col diritto di ricevere le prestazioni, un diritto per sè obbligatorio, al quale si aggiunge «la possibilità» di pretendere una garanzia reale. Il contratto avrà perciò natura reale solo quando una reale garanzia fosse esplicitamente pretesa.

debitore non si obbliga a « pagare » ma a « prestare », non versa una determinata somma di danaro ma fornisce per lo più prestazioni in natura.

B) Così non sarà possibile, sempre rimanendo nell'orbita del nostro C. O., accordare al contratto di vitalizio la veste e la struttura della *donazione*.

La donazione è, come afferma l'art. 239 C. O., la disposizione tra vivi per la quale una persona cede tutto o parte del suo patrimonio ad un'altra senza controprestazione corrispondente; evidentemente a un tale negozio giuridico dovrà seguire un arricchimento del beneficiato; questa conseguenza non è invece essenziale per il contratto di vitalizio, per il quale sarà opportuno aggiungere che il disponente è indotto piuttosto da motivi egoistici che dall'animus donandi. Si è cercato di mitigare il concetto della donazione alla quale alcuni vorrebbero ridurre il vitalizio, specificandolo con quello della donazione « sub modo ». Anche ciò non mi pare esatto: la donazione « sub modo » non dipende come il contratto di vitalizio da uno scambio di reciproche prestazioni; l'analogia tra i due negozii giuridici, per quanto largo significato si voglia attribuire al termine « prestazione », mancherebbe anche per il fatto che nel contratto di vitalizio le prestazioni sono intraprese dai contraenti nell'intenzione di sollecitare un reciproco risarcimento: tutto ciò esula dal concetto di donazione « sub modo ».

C) Pure osteggiata da diversi autori è la teoria che ricerca nel vitalizio una « successio anticipata » (1). Così il Clausen afferma che l'istituto della successione

(1). GENGLER D. P. B. — pag. 370 — Buddens in Weiske's Rechtslexikon 1. pag. 223, 523 — FRANKEN D. P. R. — pag. 316.

anticipata è una finzione, e che il rapporto giuridico da esso generato presenterebbe una certa affinità con quello generato dal contratto di vitalizio: se apparentemente una certa rassomiglianza può esistere tuttavia i termini del paragone si escludono se considerati nella loro costruzione. Il contratto di vitalizio contrariamente alla successione anticipata è un contratto tra vivi: non conferisce rapporto alcuno ad una successione universale nella sostanza del vitaliziato (1); nessuna quota del patrimonio relitto perviene al debitore del vitalizio se non preceduta da una manifestazione di ultima volontà da parte del costituente.

D) Precaria è pure la teoria che inquadra il contratto di vitalizio nel *contratto successorio.* Il vincolo giuridico che il contratto di vitalizio comporta è per sua natura essenzialmente obbligatorio e non conferisce, come quello del contratto successorio, una pretesa alla successione del costituente. Ogni malinteso diventa ovvio su questa distinzione se ci riferiamo all'art. 521 C. O.: per esso il contratto di vitalizio può essere qualificato come contratto successorio nel solo caso in cui un contratto successorio vero e proprio intervenga a complemento del vitalizio nello stesso negozio giuridico.

(1). CLAUSEN — Tesi di diritto - Friburgo 1908 «Verpfründungsvertrag.» Pag. 56.

Buddens Weiske's R'lexikon I. 523: distingue tra la rinuncia ad una sostanza in «gesipte Hand» e in «ungesipte Hand». Mentre per la prima rinuncia egli fa collimare l'istituto ora con la compera, ora con la donazione, per l'altra ritiene esservi invece analogia con una successione anticipata singolare ossia non corrispondente al concetto romano della successione universale.

E) Non è attendibile neppure la teoria che attribuisce al contratto di vitalizio la stessa natura di una *rendita vitalizia:* le obbligazioni assunte dal debitore hanno per il primo un carattere essenzialmente personale, talvolta famigliare (confrontare in proposito la legislazione argoviese), per l'altro invece esse possono essere assunte da terzi; inoltre la rendita vitalizia presuppone una prestazione periodica costante, mentre il vitalizio ingiunge al debitore prestazioni che variano col mutare dei bisogni indispensabili del costituente.

III. — PARTICOLARITA' DEL VITALIZIO — Abbiamo risposto negativamente a tutte queste teorie per quanto esse si volessero riferire al contratto di vitalizio obbligatorio del nostro C. O. e concludiamo:

a) Esso si distingue notoriamente dal contratto successorio di vitalizio essendo quest'ultimo per la sua natura giuridica un istituto del diritto ereditario.

b) Stipulato sulla incerta durata della vita di un uomo presenta, almeno per una parte dei suoi effetti, un carattere aleatorio per cui non lo si può ridurre a forme contrattuali cui manchi questa prerogativa (contratto di compera ecc.).

c) Si distingue tuttavia dagli altri contratti aleatori, quale il giuoco, la scommessa ecc., per il serio scopo economico che persegue.

d) Quantunque contemplato nel titolo XXII. del C. O. in comune con la rendita vitalizia resta da essa separato nella sua natura giuridica per le ragioni esposte alla lettera E (II).

Si tratta perciò di un tipo di contratto bilaterale aleatorio « sui generis ».

§. 4. COSTRUZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO di ISTITUZIONE di EREDE (1)

I. — TEORIE PREDOMINANTI — Le opinioni, generalmente concordi nel riconoscere nel contratto di istituzione di erede un negozio giudirico stipulato « mortis causa », (2) restano invece separate per quanto concerne la sua costruzione giuridica. Sono tre le teorie che si contendono il campo:

A) *Teoria di Hartmann o Testamentaria:* di Hartmann (3) perchè ne fu il più valido propugnatore, « testamentaria » perchè fa rientrare questo contratto nel diritto della successione testamentaria, riducendolo ad un testamento modificato dalla rinuncia alla revoca fatta dal disponente a favore del beneficato (4). In altri termini l'istituto si scomporrebbe in due negozi giuridici autonomi: L'istituzione di erede unilaterale da una parte e la rinuncia contrattuale, dall'altra, alla revoca della stessa. Le obbiezioni generate da questa

(1). Nelle legislazioni cantonali che si ispirano al Cod. Civ. Franc. l'istituzione di erede è riconosciuta quasi esclusivamente in unione ai contratti di matrimonio così come avveniva per il contratto di legato. C. C. F. art. 1081 — 1085; C. C. Vaud art. 698 — 705; Friburgo art. 1389 — 1390; Vallese art. 969 — 979; Neuchâtel art. 695 — 702; Ticino art. 622 -- 629.

(2). BESELER — Lehre von den Erbverträgen — Göttingen 1835 — 1840 — II. parte — Vol. I. — §. 8 — pag. 211.

(3) HARTMANN — Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten Braunschweig 1860 §. 1. Si ricongiunsero a questa teoria: Unger (Das österreische Erbrecht §. 26 A 3) e Arndt (Pandekten §. 502 A 5 II. ediz. Stoccarda 1883).

(4). PUFFENDORF — Obser. jur. II. 175 §. 2. «..... neque aliud pacta successoria quam testamentum reciprocum irrevocabile intelliguntur.

teoria furono così numerose da negarle ormai una considerevole efficacia. (1)

La perdita della facoltà di testare è da ritenersi piuttosto la necessaria conseguenza della bilateralità del contratto di istituzione di erede che non l'oggetto di una speciale rinuncia.

B) *Seconda teoria.* — Essa si concorda alla prima in quanto vede nel contratto di istituzione di erede, nei suoi moventi e nei suoi effetti, un testamento velato da una forma speciale; si distingue però da questa per il fatto che nega la concorrenza di due negozi giuridici autonomi nel contratto di istituzione di erede.

Essa è citata da Gruchot, Windscheid, Koch (2)

Il contratto di istituzione di erede permane un negozio strettamente unitario (einheitliches Geschäft) la cui attinenza è tuttavia discutibile.

a) Gli uni ritengono che ci si trovi qui di fronte ad un contratto la cui azione delatoria gli conferisca una grande affinità col testamento. (3)

(1). Alla stessa stregua si potrebbe scindere anche l'istituzione di erede testamentaria in 2 parti: 1) istituzione di erede e 2] riserva della libertà di testare. Cosi pure la «traditio»: 1] dichiarazione unilaterale che l'altro diventi proprietario, 2) rinuncia contrattuale alla revoca di tale dichiarazione.

(2). GRUCHOT — preussisches Erbrecht — Berlin 1866 Vol. II. pag. 332. Windscheid — Pandekten 7.a ediz. Vol. III. Francoforte 1891. Koch - Das preussisches Erbrecht aus den gemeinen deutschen Recht entwichelt — Berlin 1396 — preus. Landrecht §. 72 pag. 766.

(3). BESELER — op. cit. §. 2; Abicht — ein Beitrag zur Lehre vom Erbvertrag — Diss. Oels 1893 pag. 4 — Dieck; nella enciclopedia von «Ersch und Gruber» XL. pag. 407; Dernburng — Pandekten Vol. III. §. 126.

b) Gli altri negano invece questa nuova autonoma successione contrattuale: essa non sarebbe altro che un testamento al quale una prerogativa speciale aggiunga un elemento contrattuale ossia la « irrevocabilità ».

C) *Terza teoria.* — Come la seconda ammette che la natura del contratto di istituzione di erede sia quella di un negozio giuridico assolutamente unitario; contratto e istituzione di erede sono qui due elementi della stessa unità la quale non si riduce ad una specie del testamento.

Testamento e contratto di istituzione di erede sono parenti prossimi, appartengono allo stesso genere, sono due mezzi di delazione a sè; talvolta possono apparire uniti nella stessa forma senza pertanto rinunciare alle proprie prerogative e senza fondersi. Per qualificare la loro unione è perciò insufficiente tanto il termine « contratto » quanto il termine « testamento ». Questo fatto si giustifica quando si pensi che il contratto di istituzione di erede è una di quelle formazioni giuridiche che assegnano il loro lento sviluppo all'opera del diritto consuetudinario; esso risponde ad una necessità pratica; la pratica non si dirige sempre secondo le regole giuridiche ma per lo più secondo equità ed utilità: è quindi possibile che essa crei un istituto per il quale nessuno dei concetti giuridici presenti veramente si addicano.

§. 5. — COSTRUZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO SUCCESSORIO DI VITALIZIO QUALE CONTRATTO DI ISTITUZIONE D'EREDE CON «CONTROPRESTAZIONE».

1. — SECONDO LA CONCEZIONE GERMANICA. — Abbiamo affermato che il contratto successorio di vitalizio è per sua natura un contratto successorio vero e proprio al quale si aggiungono prerogative speciali.

Riferendoci alle obbligazioni assunte dai contraenti abbiamo d'altra parte parlato di «prestazioni» e di «controprestazioni». Ciò è possibile seguendo l'interpretazione del nostro codice secondo la quale si può qualificare il contratto successorio di vitalizio: «contratto successorio a titolo oneroso» (1). Sarebbe invece assurdo per la concezione germanica dominante del contratto successorio (2): per essa il contratto suc-

(1) CLAUSEN — Op. Cit. pag. 48: «la natura giuridica del contratto successorio di vitalizio è da stabilirsi sulla base dell'art. 514 C. C. S. Da quì esso si qualifica quale contratto successorio a titolo oneroso».

HOMBERGER — Die Verpfründungsverträge im schweizerischen Recht — Tesi di diritto — Berna 1918 pag. 39: «quale contratto successorio di vitalizio per il quale sono applicabili avantutto le disposizioni di diritto ereditario, si potrà intendere solo quel contratto di natura ereditaria, nel quale la controprestazione del vitaliziato consiste in una disposizione a causa di morte».

(2) Di questa opinione: PLANK: Kommentar zum B. G. B. pag. 514 — STROHAL: Das deutsche Erbrecht, III. ediz. 1903 pag. 402 — ENDEMANN: Einführung in das Studium des B. G. B., libro III., pag. 252, nota 20. V ediz. — ELLWIG: Verträge auf Leistungen an Dritte, 1899, pag. 606 652. — ENGELMANN: Das bürgerliche Recht Deutschlands IV. ediz. pag. 768 — SCHIFFNER: Der Erbvertrag nach B. G. B. pag. 15 — FROMMHOLD: Annot. I.a al §. 2295, Kommentar zum B. G. B. Erbrecht 1899.

cessorio sarebbe stipulato essenzialmente a titolo gratuito; una prestazione tra vivi non potrebbe essere in nessun caso considerata quale controprestazione del contratto successorio; secondo il diritto germanico non potrebbe quindi essere ritenuto come contratto successorio di vitalizio un contratto nel quale la prestazione e la controprestazione fossero costituite dalla promessa di vitalizio e dalla istituzione di erede.

Praticamente però il nostro codice e il codice tedesco si avvicinano assai là dove quest'ultimo ammette una possibile corrispondenza dei negozi giuridici sunnominati secondo la quale «..... la disposizione (istituzione di erede) può essere presa in considerazione di una obbligazione contrattuale del beneficato». (1)

Lo stesso Dernburg ci offre la possibilità di ovviare alla rigida concezione germanica del contratto successorio essenzialmente a titolo gratuito (2); accostandosi indirettamente al nostro modo di vedere egli attribuisce al contratto successorio una prerogativa di egoismo che lo pone in antitesi con la pura intenzione altruistica propria della disposizione testamentaria.

II. — SECONDO LA CONCEZIONE DEL C. C. S. — Da noi una diversa classificazione del contratto successorio induce ad una conclusione quasi opposta circa il suo carattere: il contratto successorio è largamente ammesso tra i negozi causali; citiamo a sus-

(1) Ammettono pure il contratto successorio come atto lucrativo a causa di morte — HASSE: Ueber Erbvertrag Im Rheinischem Museum für Jurisprudenz, 2. Jahrgang 1828 — 3. Jahrgang 1829, pag. 211 — BESELER: Die Lehre von den Erbverträge II. pag. 312.

(2) B. G. B. — § 2295.

sidio della nostra affermazione il pensiero dell'Escher manifesto nel senso che « l'opinione che il contratto successorio appartenga ai negozi giuridici astratti e a titolo gratuito passa ogni limite ». (1)

A) *Del contratto successorio come negozio causale* — Il concetto del contratto successorio come negozio causale si attaglia in modo egregio al contratto successorio di vitalizio il quale è « necessariamente » causale: infatti esso riduce l'attesa di una eredità futura ad un mezzo di scambio tra vivi e la realizzazione dei fini economici che lo determinano comporta lo scambio dei due valori.

Il testatore stipula questo genere di contratto successorio solo quando sia premesso che il contratto obbligatorio che ne costituisce la controprestazione venga adempiuto; d'altra parte il debitore si assume l'obbligazione solo per conseguire la conclusione del contratto successorio e la adempie perchè questa si mantenga.

Per cui esaminando la « causa » ci sarà concesso determinare il rapporto giuridico che intercorre tra il vantaggio che il disponente si ripromette dalla obbligazione assunta da una parte e l'istituzione d'erede dall'altra e dedurre con ciò la prestazione degli eredi quale « onere » del contratto successorio di vitalizio.

La causa giuridica può essere osservata da due aspetti diversi: oggettivo l'uno, soggettivo l'altro. L'aspetto oggettivo è il fatto per il quale le norme di diritto positivo sono in grado di produrre una modifi-

(1) ESCHER: Commentario di diritto civile svizzero, Diritto ereditario art. 494, annot. 8.

cazione di diritto (Rechtsänderung). L'aspetto soggettivo indica il fenomeno psicologico che agisce nella persona al momento in cui dispone di questa modificazione di diritto. (1)

La causa giuridica interpretata in questo senso è appunto quella che più da vicino ci interessa. Quali fossero i momenti psicologici che inducono una persona al contratto successorio di vitalizio lo abbiamo esposto precedentemente: saranno momenti economici misti a momenti egoistici come per lo più si riscontrano nei negozi che esercitano un'azione sulla sostanza e siano determinati dalla volontà di raggiungere uno scopo economico. Qui è la volontà del testatore intesa ad assicurarsi un'esistenza scevra da preoccupazioni ciò che determina l'azione di diritto. (Rechtshandlung).

B) *Della causa giuridica del contratto successorio di vitalizio.* — La causa giuridica è spesso irrilevante per l'attuazione della modificazione di diritto; diversamente nel contratto successorio di vitalizio essendo eretta a vera condizione del negozio giuridico ed essendo parte integrante del fatto (Tatbestand) essa si riconnette alle conseguenze ed all'effetto del contratto secondo le norme di diritto positivo. (2)

Invero il contratto successorio di vitalizio assume la sua prima efficacia dal fatto che sia presente quale

(1) KLINGMUELLER: Der Begriff des Rechtsgrundes — Leonhard's Studiens — Heft 6 1901 — pag. 4.

(2) JHERING: Geist des römischen Rechts III. I. pag. 210: «Le cause che inducono al contratto essendo oggetto della convenzione delle parti sono indicazioni indispensabili per definire il carattere giuridico dell'atto».

condizione del contratto l'obbligo per l'erede istituito a quelle prestazioni che sono proprie del debitore di un vitalizio; ciò esclude la « causa donandi » che accompagna i contratti stipulati a titolo gratuito; per cui a definire il carattere oneroso del contratto resterà invece la possibilità di una « causa credendi » e quella di una « causa solvendi ».

C) *Dell'onere del contratto successorio di vitalizio.* — Per « onere » si intende solitamente il valore che deve risarcire la diminuzione di patrimonio comportata dalla prestazione; da questa funzione si deduce la sua natura da ascriversi al diritto patrimoniale. Ora siccome la prestazione del debitore di un contratto successorio di vitalizio (erede istituito) induce il creditore (costituente) ad una disposizione di diritto ereditario e quindi non esclusivamente di diritto patrimoniale, si potrebbe credere che il contratto fosse da ritenersi stipulato necessariamente a titolo gratuito. A tale conclusione opponiamo i seguenti ragionevoli motivi:

a) Il nostro codice non disgiunge nella sua pratica applicazione le azioni di diritto ereditario da quelle di diritto patrimoniale al punto da renderle incompatibili nello stesso negozio giuridico.

b) Secondo la definizione del Ricci (1) il contratto è da ritenersi a titolo gratuito solo quando una parte assuma l'onere della prestazione senza vincolare « in modo alcuno » l'altra. Abbiamo visto che condizione perchè si parli di contratto successorio di vitalizio

(1) Ricci — Commentario di diritto civile italiano — vol. V. pag. 11.

è il fatto che il debitore del vitalizio venga istituito erede dal costituente il quale sebbene non diminuisca il proprio patrimonio a favore dell'altro, in quanto la sua eredità si devolve solo al momento della sua morte, tuttavia stipulando il contratto che lo limita nella sua facoltà di testare ha evidentemente assunto un « vincolo giuridico ». Ne consegue adunque che già per il fatto che entrambe le parti si siano vincolate in « modo alcuno » il contratto potrà considerarsi stipulato a titolo oneroso.

c) Il carattere oneroso del contratto successorio di vitalizio possiamo inoltre dedurlo dalla sua bilateralità; questa è facilmente comprovabile.

Dernburg (1) ammettendo la controprestazione (nel nostro caso la promessa di vitalizio quale movente del contratto successorio) lo definisce contratto bilaterale sui generis. Ora perchè questi contratti bilaterali in forza dei quali una delle parti si obbliga a dare una cosa, possano avere efficacia giuridica è necessario che sia presente la possibilità di ascriverli a una delle due note formole: « do ut des », « do ut facias », la prima delle quali importa che la parte che dà abbia a ricevere un equivalente e la seconda che in corrispettivo della cosa data sia promesso un fatto. Se si possa essere incerti per la prima di queste formole, non si esiterà invece a porre il contratto successorio di vitalizio sotto la seconda delle stesse concludendo così per la sua bilateralità.

Secondo la concezione italiana questa dimostrazione si semplifica assai: l'onere e la bilateralità si affermano

(1) DERNBURG: Bürgerlisches Recht — Vol. V. pag. 268.

reciprocamente (¹). Dimostrato il contratto come bilaterale esso sarà necessariamente oneroso,

1) perchè in esso è reciproca l'obbligazione dei contraenti;

2) perchè ciascuno dei contraenti ha mirato a conseguire un vantaggio dal vincolo giuridico assunto. (onere). Nel contratto successorio di vitalizio questo vantaggio è costituito dal diritto acquistato a cure, assistenza, abitazione ecc. da una parte e dall'attesa di una futura eredità dall'altra: in esso appunto, quale costituente il corrispettivo della obbligazione assunta, riposa il concetto di contratto a titolo oneroso.

d) Ricongiungendo il pensiero a quanto abbiamo più sopra affermato aggiungiamo che l'onere deve essere «valutabile» siccome capace di aumentare il patrimonio di chi lo riceve; non varrebbero perciò a far ritenere il contratto a titolo oneroso i vantaggi «di ordine puramente morale» che alcuno si proponesse di conseguire assumendo l'obbligazione. Nel contratto che contempliamo non vi può essere dubbio alcuno che i contraenti mirino ad un vantaggio il quale non può essere assolutamente definito di ordine puramente morale. Il fattore prevalente nella soggettiva intenzione delle parti è il conseguimento di scopi economici i quali non lasciano supporre azioni giuridiche esulanti dal diritto patrimoniale.

(2) Ricci — Commentario cit. Vol. VI. pag. 12.

§. 6. — COSTITUZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO SUCCESSORIO DI VITALIZIO.

« Se il debitore del vitalizio sia istituito erede dal costituente l'atto è regolato dalle disposizioni sul contratto successorio » (art. 521 II. cap. C. O.).

Sono questi gli scarsi tratti schematici mediante i quali il nostro C. O. contempla il contratto successorio di vitalizio, così denominato e specificato solo più tardi nella elaborazione dei commentarii. Osservando la forma adoperata dal legislatore per esprimere il proprio pensiero si rileva subito una eccessiva sobrietà, sufficiente forse a delineare la struttura del contratto ma inadeguata a soddisfare le esigenze di una pratica regolamentazione. Questa laconicità, manifesta anche a riguardo di altri istituti giuridici, deriva al nostro codice unificato per lo più dalla resistenza che oppongono le legislazioni cantonali; ed è bene che le stesse non siano rese superflue anche perchè essendosi sviluppate in diverse regioni e da stirpi diverse ad esse si applicano con particolare proprietà.

Nel caso specificato del contratto successorio di vitalizio si rivelano altre cause, scatenti più dalla teoria che dalla pratica. le quali comportano tanta parsimonia: esse trovano un parallelo nel B. G. B. germanico nei cui lavori preparatori il legislatore manifesta il proprio disagio dovendo comprendere momenti di diritto ereditario e momenti esclusivi del diritto obbligatorio in un comune ordinamento di legge. (1).

(1) Cfr. i « Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. 1888. pag. 343.

I. — SECONDO IL DIRITTO TEDESCO (B. G. B).
Siccome non precedono studi particolareggiati sul contratto successorio di vitalizio è opportuno ricercare il bando della sua costruzione assai complessa nella interpretazione di autorevoli giudizi relativi ad analoghe costruzioni giuridiche.

a) Herzfelder è d'opinione che quando nel medesimo contratto coincidano, (come si verifica precisamente nel contratto successorio di vitalizio) rapporti obbligatori e rapporti ereditari i secondi abbiano il sopravvento sui primi ai quali sarebbe riservata una parte del tutto secondaria. (1)

b) Dernburg gli si oppone direttamente affermando che in negozi giuridici di questo genere si tratta di contratti bilaterali senza natura obbligatoria. (2)

c) Meno assoluto nel concedere il proprio favore all'uno od all'altro degli elementi costitutivi del contratto, Neumann concilia in un unico nuovo aspetto giuridico di contratto bilaterale misto le funzioni obbligatorie e quelle ereditarie. (3).

Secondo lo spirito che informa il nostro diritto potremmo accogliere senza esitazione la costruzione prospettata dal Neumann; essa fu invece respinta dalla maggior parte dei giuristi tedeschi i quali ritenevano che non fosse possibile amalgamare in una sola

(1) HERZFELDER — Annotaz. sul §. 2295 B. G. B.: « Hier entsteht ein obligatorisches Verhältnis in welchem der Erbvertrag lediglisch eine Seite darstellt! »

(2) DERNBURG — Bürg. Recht des deutsches Reiches — pag. 45.

(3) HUGO NEUMANN — Jahrbuch des Deutschen Rechts. 4 Jahrgang: « Es ist ein gegenseitiger Vertrag gemischten auf der einen Seite erbrechtlischen auf der anderen Seite obbligatorischen Inhalts ».

unità materiale, in una unica obbligazione sinallagmatica, un negozio giuridico stipulato « inter vivos » (contratto di vitalizio) « mortis causa » (contratto successorio). Questa loro conclusione negativa è la logica conseguenza della distinzione che essi stabilivano tra queste due forme di negozio giuridico; di più essi opponevano l'una all'altra.

II. — SECONDO IL DIRITTO SVIZZERO. Vogliamo esporre brevemente le ragioni che ci inducono a deviare dal principio estremo accolto dal diritto germanico il quale ci sembra inconciliabile col concetto del contratto successorio di vitalizio. Il contratto successorio ed il contratto di vitalizio coincidono nel contratto successorio di vitalizio: sebbene distinti per definizione e per sostanza diventano tuttavia l'uno motivo di effetto per l'altro: l'uno penetra così l'altro da rendere secondaria l'importanza della classificazione di atti tra vivi e di atti a causa di morte; d'altronde la relatività di questa distinzione tra gli atti stipulati inter vivos e quelli stipulati mortis causa fu già prospettata dal Raymond (1): « l'acte à cause de mort engendre tout simplement un droit conditionel, la condition étant il est vrai, d'une nature spéciale et toujours la même. — A. béneficiair doit survivre à B. disposant, l'effect de l'acte étant ainsi incertain et toujours rétardé jusqu'à la mort de B. Ce qui caracterise donc l'acte à cause de mort c'est en définitive l'« intuitus personae ». A. seul est gratifié. S'il transmettrait son droit (expectative) à ses héritiers, le phénomène succession s'opererait par des actes enfre vifs, dès le

(1) RAYMOND — Du Contrat héréditaire — Tesi di diritto — Losanna 1909.

début définitif, abstraction faite de la faculté de révocation ou résiliation, qui ne rentre pas dans la notion de l'acte à cause de mort. Il convient donc de ne pas s'exagere la portée de la distinction que nous considerons: il faut se rendre compte que la succession pourrait fort bien s'operer par acte entre vifs».

Con ciò non vogliamo in modo alcuno trascendere nel concetto che fa del contratto a causa di morte un vero e proprio contratto stipulato inter vivos. (1) Infatti appartiene alla stessa essenza del contratto mortis causa la sospensione della sua efficacia fino alla morte del testatore; a quest'ultimo è vero manca in generale la possibilità di recedere dal contratto, ma un tale vincolo assunto da parte sua non sarà mai capace fin tanto egli viva di procacciare un vantaggio all'altro contraente. Solo con la morte del testatore il contratto stipulato per causa di morte giustifica la sua efficienza: (2) per cui, concludendo, riteniamo che le qualificazioni di contratto «inter vivos» e «mortis» causa non possano essere ritenute termini sinonimi indicanti un unico negozio giuridico; tuttavia le loro diversità non siano così profonde da impedire loro ogni possibile combinazione.

La stessa considerazione ha permesso al nostro legislatore di accomunare il contratto di vitalizio e l'istituzione di erede in una sola costruzione complessa: il contratto successorio di vitalizio.

(1) Tale teoria afferma che il contratto stipulato a causa di morte è reso perfetto già dalla convenzione delle parti tra vivi. Essa fu sostenuta da Künast: Das Erbrecht des Entwurfes eines B. G. B. 1888 — pag. 24

(2) SCHIFFNER — Op. cit. pag. 6 — nota 4.

III. — NATURA EREDITARIA DEL CONTRATTO SUCCESSORIO DI VITALIZIO. — Questo contratto presenta molti punti comuni col contratto successorio senza rinunciare tuttavia ad ogni carattere distintivo. L'analogia tra il contratto successorio ed il contratto successorio di vitalizio la possiamo dedurre, o meglio risulta dal testo dell'articolo 514 C. C. S. il quale accorda il diritto di recedere dal contratto secondo il codice delle obbligazioni, qualora le prestazioni non siano debitamente adempiute o garantite, a colui il quale per effetto di un contratto successorio abbia acquisito il diritto di ricevere delle prestazioni tra vivi. Questa soluzione pratica della nostra legge è esplicita nel commentario del Tour: « spesso avvengono nel contratto successorio prestazioni da parte di tutti e due i contraenti (da entrambe le parti disposizioni o rinunce, contratto successorio bilaterale) oppure da una parte una prestazione a causa di morte e dall'altra una prestazione tra vivi (controprestazione).

Quì è presente propriamente un doppio negozio giuridico (Doppelgeschäft). Regolarmente però esiste una certa dipendenza delle due parti di questo doppio negozio ». (1)

E' precisamente il contratto successorio di vitalizio quello che meglio di ogni altro contratto successorio offre al disponente il diritto di ricevere prestazioni tra vivi. In esso infatti l'effetto della istituzione di erede sono le prestazioni vitalizie (mantenimento, assistenza, abitazione,) promesse quale controprestazione al disponente per il conferimento dei diritti ereditari.

(1) TUOR. Commentario C. C. S. — diritto successorio — III. dispensa — pag. 271.

Inoltre siccome la prestazione del vitaliziato consiste come si vede in una disposizione a causa di morte ne consegue che tutto il rapporto giuridico si trasporti sotto le norme del diritto ereditario ; con ciò si manifesta ancora più chiaramente la distinzione tra la natura ereditaria del contratto successorio di vitalizio e quella obbligatoria del contratto di vitalizio comune.

Nè porterà pregiudizio alcuno il fatto che l'articolo 514 C. C. S. rimandi al diritto delle obbligazioni quando in un contratto successorio conferente il diritto a prestazioni tra vivi le stesse non siano debitamente adempiute o garantite ; l'intervento della disposizione di diritto obbligatorio nel contratto successorio di vitalizio non avrà altra efficacia che quella di legare più intimamente i due negozi giuridici che in esso convergono lasciando invece inalterata la natura ereditaria del contratto sintetico.

Ora è questione sapere se la combinazione di un contratto di vitalizio con una forma qualunque di contratto successorio sia atta a generare contratto successorio di vitalizio. Abbiamo evaso precedentemente (quantunque per via indiretta) la domanda affermando che la controprestazione del vitaliziato riposa in una disposizione a causa di morte. Con ciò si stabilisce che il contratto successorio nel quale la disposizione è compresa sia da intendersi in senso stretto e appartenga cioè a quella categoria che la letteratura del C. C. S. chiama contratti successori tecnici.

Non vi sarà invece contratto successorio di vitalizio quando il contratto di vitalizio dipenda da un contratto successorio in senso lato. Questi ultimi si distinguono notoriamente da quelli tecnici e ad essi appartengono tanto i contratti successori in senso

stretto quanto gli altri contratti successori i quali si concludono senza la collaborazione del testatore, così per esempio: il contratto stipulato sopra una eredità non ancora devoluta e per il quale non si ricorre al consenso del testatore e il contratto sopra una eredità già ricevuta. (1)

Veri contratti successori, i contratti successori del C. C. S. sono pertanto solo le istituzioni di erede, il contratto di legato e la rinuncia di eredità, ossia quelli in senso stretto.

Gli altri contratti successori si distinguono nel contratto di divisione (termine tecnico del C. C. S.), nel contratto di eredità (pactum de hereditate tertii viventis) e nella vendita di eredità. Tutti e tre sono contratti obbligatori aventi in comune col contratto successorio solo il fatto che per il loro oggetto sono attribuiti al diritto ereditario.

Oggetto del contratto sarà perciò la sostanza relitta e non la successione. Per chiarezza questi contratti non dovrebbero denominarsi contratti successori: sarebbe con ciò escluso ogni malinteso e risulterebbe meridiano che in unione con un contratto di vitalizio, non avendo essi stessi natura essenzialmente ereditaria, non sarebbero neppure capaci di mutare il carattere obbligatorio di quest'ultimo in carattere ereditario; resterebbe perciò sempre vitalizio e non già contratto successorio di vitalizio.

Affermata così l'appartenenza al diritto ereditario del contratto successorio di vitalizio, la sua bilateralità e il suo carattere oneroso, riserviamo al seguente capitolo lo studio di un elemento che lo contraddistingue: l'alea.

(1) ESCHER — Commentario cit. -- annotazione agli articoli 494 — 497 cfr. 1.

CAPITOLO TERZO.

§. 7. — DELL'ALEA COME ELEMENTO DEL CONTRATTO SUCCESSORIO DI VITALIZIO.

I. — IN GENERALE. — Una delle caratteristiche più salienti che si manifesta nel contratto di vitalizio, nelle rendite vitalizie e nel contratto successorio di vitalizio consiste nella incertezza da parte dei contraenti di conseguire mediante il contratto un guadagno oppure una perdita; in questa incertezza sta in fondo la sostanza e la giustizia del contratto. (1)

Nell'ex-Regno di Napoli, sotto Filippo III., una prammatica del Conte di Lemos del 31 Ottobre 1600 comandava che nessuno potesse dare per qualsivoglia causa o ricevere danari a vita a più della ragione del 14 % infliggendo come pena, a coloro che avessero dato, la perdita dei loro danari e a quelli che li avessero ricevuti una somma di cento once.

Un rescritto di Re Carlo Borbone del 10 novembre 1744 ordinava che nei contratti di vitalizio si osservassero diverse circostanze e cioè: la qualità della cosa ceduta, il pericolo ed il facile o diffcile adempimento delle prestazioni vitalizie, l'età e la salute del costituente, il motivo della costituzione del contratto, la consuetudine locale e le condizioni dei contraenti.

Perchè il vitalizio fosse valido occorreva che l'esame degli elementi sopra enunciati indicassero la volontà dei contraenti di conchiudere un contratto aleatorio.

(1) A questo proposito si trovano purè illustrazioni interessanti nel Volume citato di FRANCESCO RICCI: vol. IX — nota 158 — pag. 291 ss. Inoltre una sentenza della appellazione di Napoli del 18 febbraio 1898.

Così pure nel codice civile francese (art. 1868) e in quello delle due Sicilie (art. 1840), quantunque non vi fosse un diretto richiamo all'essenza dell'elemento aleatorio del contratto, ciò nonostante lo stesso faceva dipendere la sua validità da una particolare condizione (che non ha un esplicito riscontro nel nostro codice), quella cioè che la persona sulla cui vita il contratto fosse stipulato, non solo fosse viva al momento della stipulazione, ma non fosse neppure colpita da una infermità per effetto della quale venisse poi a morire entro i venti giorni dalla costituzione del vitalizio (Codice francese art. 1975 — codice delle Due Sicilie art. 1847).

Orbene quali sono le ragioni per cui ci sembra che tali disposizioni contribuiscano ad accentuare il carattere aleatorio del contratto? Per rispondere a questa domanda dobbiamo premettere che per alea di un contratto si intende il complesso di quegli effetti dal quale dipendono, per ragioni che non si possono prevedere, il guadagno oppure la perdita dei contraenti.

Le disposizioni precedenti impediscono appunto al debitore del vitalizio di stipulare il contratto quando le condizioni fisiche del vitaliziato lascino prevedere la sua fine imminente; in questo caso il debitore del vitalizio avrebbe la possibilità di calcolare la durata ed il valore della propria prestazione e con essa quella di riconoscere nelle conseguenze finali del contratto il guadagno oppure la perdita che ne conseguirebbe: scomparirebbe con ciò ogni aspetto di contratto aleatorio.

Il codice Parmense e quello Albertino, accanto alla disposizione per la quale il contratto di vitalizio si dichiarava nullo se la persona, sulla cui vita fosse stato costituito, morisse entro i venti giorni per il codice Parmense (art. 1844), entro i quaranta per il codice

Albertino (art. 2009) ne aggiunsero una seconda (art. 1845 codice Parmense — art. 2010 codice Albertino) per la quale si stabiliva che le prestazioni vitalizie stipulate a carico del debitore dovessero in ogni caso superare il frutto delle cose date o promesse in corrispettivo. Così il contratto diventava assolutamente aleatorio: per la duplice impossibilità del vitaliziante di stipularlo sulla vita di una persona la cui fine fosse intravedibile oppure assumendosi una prestazione che, per essere inferiore al frutto stesso di quella ricevuta in corrispettivo, non potesse generare il pericolo della perdita.

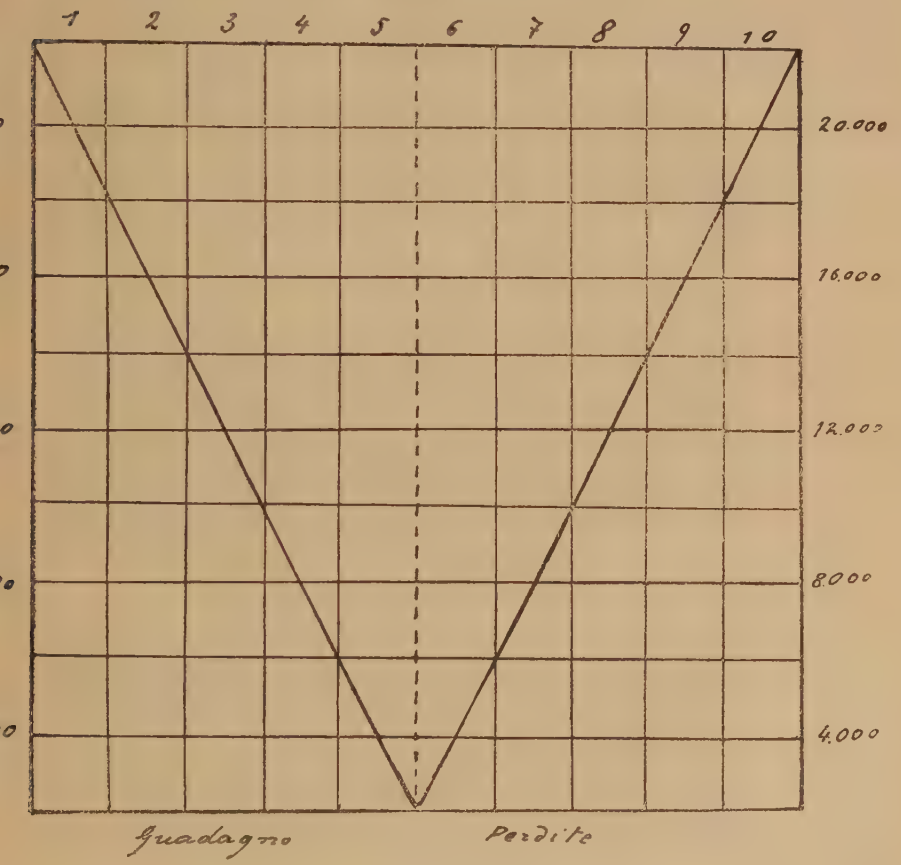
II. — IN PARTICOLARE — Anche per il contratto successorio di vitalizio, come per quello di vitalizio prettamente obbligatorio, si esige non solo il concorso del corrispettivo, il quale d'altra parte costituisce la causa determinante di ogni contratto, ma ancora che tale corrispettivo sia incerto, aleatorio.

Talvolta può essere calcolato con grande approssimazione, tal'altra con assoluta certezza (1) il corrispettivo che l'erede istituito percepirà per l'assunta obbligazione.

Incerto invece sarà sempre il valore complessivo di ciò che l'erede istituito dovrà fornire con prestazioni ripetute: tale importo dipende dalla vita più o meno lunga del costituente del vitalizio.

(1) Qui infatti l'istituzione di erede non dovrà essere intesa nel senso stretto dell'art. 483 C. C. S., ossia come quella che investa l'erede istituito della intera successione o di una frazione della stessa, entrambi importi che talvolta si possono calcolare soltanto nella approssimazione prima del decesso del disponente; essa comprende in sè anche le disposizioni di legato le quali sono necessariamente specificate prima del decesso.

Supponiamo che A) possieda una sostanza di fr. 20.000 e stipuli un contratto di vitalizio con B) istituendolo suo erede universale. Si calcola il valore della prestazione annua da fornirsi da B) in fr. 4.000 (tralasciamo il calcolo degli interessi previsti dalle scale vitalizie che si impiegano generalmente dagli istituti di assicurazione essendo di nessuna importanza per questo esempio schematico) e si avrà:



Risulta chiaramente che essendo fisso il valore della eredità o del legato che il costituente impiega per costituirsi un vitalizio il guadagno per il debitore del vitalizio aumenta in proporzione inversa alla durata della vita del vitaliziato, la perdita invece in proporzione diretta.

Questa incertezza delle conseguenze per il vitaliziante che è altresì erede istituito conferisce al contratto successorio di vitalizio una spiccata caratteristica aleatoria che lo distingue dagli altri contratti successorii.

Considerando la prerogativa aleatoria del contratto ci siamo mantenuti fin qui sempre dalla parte del vitaliziante. Potremmo invece parlare con serietà di alea riferendoci alle condizioni contrattuali del vitaliziato? L'OSER (com. cit. pag. 1569) afferma che il contratto successorio di vitalizio rimane per il costituente un « negozio arrischiato » pur essendo chiaramente delineata la cerchia dei doveri che gli incombono. E' vero che le prestazioni vitalizie fornite dall'erede istituito rappresentano per il costituente un vantaggio adeguato, calcolato cioè sulla ragione composta del patrimonio che sarà trapassato mediante contratto successorio e la probabilità di godere per un periodo più o meno lungo dei diritti acquistati alle prestazioni vitalizie (bilateralità del contratto, cfr. cap. IV).

Qualora però il costituente mantenesse la piena disponibilità sui propri beni e non si spogliasse di essi già « inter vivos » a favore del vitaliziante, sarebbe improprio attribuirgli comunque un'alea contrattuale.

L'alea del guadagno o della perdita può essere stabilita soltanto nel momento in cui il contratto si risolve; questo momento coincide precisamente col

decesso del vitaliziato; in questo istante cessano pure le facoltà giuridiche del vitaliziato per il quale non è oltre concepibile alcun effetto aleatorio. (1)

Ciò nonostante possiamo definire il contratto successorio di vitalizio quale « contratto aleatorio ». Infatti perchè un contratto sia ritenuto aleatorio, non è richiesta l'alea del guadagno o della perdita per entrambi i contraenti ma basta si verifichi per l'uno o per l'altro di essi. Il codice civile italiano comprende nella medesima categoria i contratti vitalizi con quelli di azzardo, di assicurazione, del prestito a tutto rischio, del giuoco e della scommessa. Il nostro codice invece li distingue. La diversa classificazione dei contratti vitalizi nei due codici (C.C.S.—C.C.I.) non si riferisce ad una sostanziale diversità di interpretazione circa il carattere aleatorio del contratto, riconosciuto da entrambi: essa consegue piuttosto dal fatto che il C. C. S. prende in grande considerazione la volontà dei contraenti intesa al giuoco; essendo questa esclusa dal contratto successorio di vitalizio (come pure dagli altri contratti vitalizî i quali si basano per lo più sopra una seria necessità economica) il contratto si distingue nel nostro codice da tutti gli altri contratti aleatori. (art. 513 — 514 — 515 C. O.).

(1) Non sarebbe proprio parlare di « rischio » per gli eredi; se un simile rischio potesse eventualmente esistere esso esulerebbe dall'ambito del contratto successorio di vitalizio. L'alea come si intende nel presente capitolo non potrebbe ridursi al rischio del vitaliziato per il caso che il vitaliziante gli dovesse premorire o non mantenesse le proprie prestazioni: in entrambi i casi la legge prevede disposizioni mediante le quali il vitaliziato può annullare gli effetti del contratto cio che è còntraddicevole alla definizione stessa di contratto aleatorio.

CAPITOLO QUARTO.

§. 8. — DELLA DONAZIONE SIMULATA DA UN CONTRATTO SUCCESSORIO DI VITALIZIO.

La pratica del contratto successorio di vitalizio ci indica frequentemente dei casi in cui esso serve per dissimulare una donazione. Questo fatto non è strano; nel Medio Evo, alle sue origini il contratto era stipulato per lo più a favore di conventi o istituti di pietà ed era precisa intenzione del costituente quella di compiere con esso un atto generoso che gli desse oltre alla tranquillità economica un merito ed una soddisfazione spirituale.

Il carattere bilaterale del contratto presuppone che al momento della conclusione esista una equivalenza per quanto riguarda le prestazioni dei contraenti, ossia: le obbligazioni che il vitaliziante si assume siano controbilanciate dalle disposizioni che il vitaliziato intraprende a suo favore. Questa equivalenza può essere oggettiva oppure soggettiva: oggettiva quando i valori delle prestazioni, presi nel momento della conclusione del contratto, si equivalgono; soggettiva quando essi si equivalgono solo nelle intenzioni e nelle previsioni delle parti.

Come si calcoli il valore delle prestazioni lo abbiamo detto nei precedenti paragrafi e lo tratteremo più ampiamente in quelli che seguiranno.

In breve possiamo stabilire che il valore della prestazione del vitaliziante si deduce dall'onere annuo, al quale esso è tenuto dal vincolo contrattuale, molti-

plicato per la prevista durata della vita del vitaliziato. Nè le previsioni circa la durata della vita del vitaliziato saranno il frutto esclusivo della fantasia dei contraenti; essi si baseranno sopra elementi di ordine individuale, come sarebbero le condizioni particolari del vitaliziato, sua età, malattie, predisposizioni ataviche ecc. ecc., oppure sopra elementi di ordine collettivo ossia statistiche, tavole di calcolo adottate dalle società assicuratrici, ecc, alle quali si apporteranno quelle modificazioni che eventualmente fossero suggerite dal caso particolare.

Il valore della prestazione del vitaliziato dipende dal valore di vendita degli immobili, dai valori commerciali, dall'epoca del loro trapasso, immediatamente susseguente al contratto oppure sospesa sino alla morte del vitaliziato.

Sulle equivalenze delle prestazioni dei contraenti riposa la bilateralità del contratto successorio di vitalizio: esso però come abbiamo detto al capitolo terzo è anche aleatorio, motivo per cui è possibile che l'equivalenza delle prestazioni si sciupi in seguito generando per l'uno dei contraenti un guadagnoe per l'altro una perdita. Essenziale tuttavia è sempre l'equivalenza tra le prestazioni delle parti nel momento della conclusione del contratto. Non è raro che il caso si verifichi in cui una sproporzione troppo evidente si manifesti tra prestazione e controprestazione. Nel contratto cosi convenuto possiamo intravedere un'atto bilaterale al quale si unisca una bilateralità; la fusione di un negozio giuridico a titolo gratuito con un altro a titolo oneroso; entriamo cosi nel campo delle donazioni miste. Secondo il Tuor (1) si intende infatti per

(1) Tuor — Com Cit. pag. 487, art. 527, IV. dispensa.

donazione mista « un negozio giuridico dove per la prestazione di una delle parti si conviene una contro-prestazione dell'altra parte, la quale nell'intendimento di amendue deve essere l'equivalente soltanto per una porzione di quella prestazione mentre il resto deve rimanere senza controvaluta. » (1)

Non ogni contratto di vitalizio però nel quale, prestazioni e contro-prestazioni non si equivalgono esattamente sarà da enumerare tra le donazioni miste. Questa mancanza di proporzione tra le prestazioni delle parti può essere dovuta ad altre ragioni che non sia la volontà del vitaliziato oppure del vitaliziante di disporre una donazione, così per esempio : all'imperizia o all'audacia di uno dei contraenti per il quale la prestazione diventi una posta in giuoco non misurata sul calcolo matematico delle probalità ma speculate sulle imprevedibili fatalità.

Perchè il contratto successorio di vitalizio possa essere compreso nell'ambito delle donazioni miste è necessario che la volontà di donare sia il motivo per cui una parte offre la maggiore prestazione. Questa volontà di donare che si aggiunge a quella di stipulare con un unico atto il vitalizio non altera in modo alcuno le prerogative di questo ultimo. Di ciò ne è conferma la legge la quale, all'art. 526 C. O., mentre dispone che il contratto di vitalizio può in ogni tempo essere disdetto dall'uno o dall'altro contraente, col preavviso di sei mesi, quando le loro prestazioni convenzionali avessero un valore notevolmente ineguale, aggiunge che colui il quale riceve la maggiore pre-

(1) Considerare anche OSER op. cit. nota IV. all'art. 239 C. O. pag. 458.

stazione non deve essere in grado di dimostrare la intenzione dell'altro di fare una donazione. E' perciò escluso che il contratto di vitalizio si mantenga solo fintanto che prestazioni e controprestazioni stiano tra loro in perfetto equilibrio e che per l'eccedenza voluta da una parte, sia pure a scopo di gratificare l'altra, intervenga il diritto delle donazioni.

Il negozio giuridico non si scompone ; quale contratto bilaterale soggiace unicamentee alle disposizioni dell'articolo 521 C. O.

Alcuni vorrebbero che quando un negozio gratuito si congiunge con uno oneroso per formare un unico tutto il negozio che ne risulta fosse da considerarsi un negozio sui generis (Tour com. cit. art. 527 nota 18 – IV. dispensa — pag. 487).

Per quanto abbiamo precedentemente esposto siamo indotti ad escludere per il contratto successorio di vitalizio, concepito con prestazioni che non si equivalgono questa designazione di negozio sui generis almeno fino a tanto che il vitalizio che in esso si comprende non esorbiti dai limiti dell'art. 521 C. O. La volontà di donare può essere presente tanto dalla parte del vitaliziante quanto dalla parte del vitaliziato : nel contratto successorio di vitalizio, specialmente se stiputato tra parenti, essa sarà per lo più dalla parte del vitaliziato. Trattandosi qui di un contratto successorio, sovente con successione anticipata, il rapporto giuridico esulerà dai confini delle donazioni e del diritto obbligatorio per entrare in quelli del diritto ereditario. Quale sarà la conseguenza pratica che si vuole ottenere da un siffatto contratto ? Quasi sempre un modo per eludere le disposizioni sulla leggittima.

Quando l'intenzione del disponente sia in questo senso manifesta, la donazione mista che si intravvede

nel contratto successorio di vitalizio soggiace all'azione di riduzione (art. 527 al. IV. C. C. S.).

Non sempre però è facile individuare in modo indiscutibile nella volontà del disponente quella di volere eludere le disposizioni sulla legittima. Il Tour (art. 527 pag. 486 IV dispensa nota 16) asserisce che il testo dell'art. 527 C. C. S. non pretende che « l'intenzione di pregiudicare gli eredi legittimi debba essere esteriormente riconoscibile ma solo che il giudice ne ammetta l'esistenza quando ciò sembri essergli dimostrato con piena chiarezza ».

Un caso nel quale per regola il Giudice applicherà la azione di riduzione anche se l'intenzione di pregiudicare gli eredi legittimi non fosse esteriormente manifesta ci è esposto a pag. 488 (art. 427 — IV. dispensa — nota 19 del comm. citato): « nel contratto di vitalizio si ha una liberalità riducibile (art. 525 III. capoverso C. O.) se la prestazione di chi ha costituito il vitalizio eccede il valore capitalizzato dell'annua controprestazione del debitore di esso vitalizio stabilito in base alla probabile durata della vita del primo e dell'interesse usuale ». (1)

(1) Gli effetti dell'azione di riduzione sono trattati più specificatamente al capitolo X. §. 21 II. A. A questo proposito abbiamo dei precedenti nella giurisprudenza francese (Journal du Palais — Répertoire V. rente N. 503) in cui si dubitò della validità stessa di un contratto vitalizio così stipulato e non mancarono decisioni che ritenessero nullo il contratto per la ragione che in tali ipotesi la prestazione annua promessa rappresenta un corrispettivo non serio o insufficiente della cosa trasmessa al vitaliziante o per conseguenza il negozio fosse da annullarsi come una vendita senza prezzo. Questa tendenza però non prevale attualmente.

Ma passiamo ad una domanda di ordine generale e cioè: quando il contratto successorio di vitalizio fosse previsto dai contraenti all'unico scopo di simulare una donazione sarebbe capace di generare i propri effetti oppure diventerebbe per sè stesso inefficace? L'articolo 18 C. O. asseconda la risposta in modo esplicito: « per giudicare di un contratto sia per la forma che per contenuto si deve indagare quale sia stata la vera concorde volontà dei contraenti, anzichè stare alla denominazione od alle parole inesatte adoperate per errore o allo scopo di nascondere la vera natura del contratto ».

La vera e concorde volontà dei contraenti come abbiamo premesso era quella di disporre una donazione; il fatto che abbiano dissimulata la donazione con la forma del contratto successorio di vitalizio, non infirma, secondo l'art. 18 C. O. la validità della stipulazione.

Per essere simulata in un contratto successorio di vitalizio la donazione dovrà essere necessariamente gravata da condizioni ed oneri; questa possibilità è prevista dallo art. 245 C. O. al. I. Inoltre è manifesto nelle fonti stesse del diritto che il contratto oneroso non invalida la donazione che in esso si nasconde: « empti fides ac venditi sine quantitate nulla est... sed quod si donationis gratia praedi nulla competente, perficitur donatio » (L. 3 Cod. Contrah. empt. 4.38) onde vale l'aforisma « si non valet quod ago, valet ut valere potest: non valet ut venditio, valet ut donatio». (1)

(1) Cfr. la pratica del Trib. Fed. Bundes gerichtl. Praxis 4 N. 137.

Il contratto apparente sarebbe nullo ipso jure quando il vero che in esso si nasconde richiedesse una forma speciale inconciliabile con quella in cui realmente esso si dissimula (1). Ciò non è probabile per la donazione simulata da un contratto successorio di vitalizio. Infatti perchè il contratto successorio di vitalizio sia validamente stipulato deve rivestire la forma dell'atto pubblico: tale forma se pure non rappresenti una costante esigenza per le donazioni, essendo la più completa, sarà sempre atta a convalidare un simile negozio giuridico.

Il contratto successorio di vitalizio offre una struttura molto propizia a simulare una donazione talchè riuscirà sovente difficile allo stesso spirito indagatore del giurista il riconoscere nel primo la « nuda cortex et figura verborum » della seconda.

(1) Cfr. la pratica del Trib. Fed. Bundes gerichtl. Praxis 4 N. 157.

CAPITOLO QUINTO.

Dei soggetti contraenti nel contratto successorio di vitalizio.

§. 9. — DEL SOGGETTO COSTITUENTE.

Il contratto successorio di vitalizio per la sua natura ereditaria impone al costituente, quale controprestazione, di istituire erede l'altra parte contraente: ciò vuol dire in altri termini che il costituente è tenuto a vergare con il vitalizio una disposizione « mortis causa ». La posizione giuridica del costituente del contratto successorio di vitalizio ci si presenta sotto due aspetti che vogliamo separatamente considerare per per definire col primo le qualità che si esigono per il costituente quale testatore ossia quale disponente delle sue ultime volontà, con l'altro gli attributi che esige la sua posizione nel contratto quale controparte del vitaliziante per la accettazione delle promesse prestazioni.

I) — DEL SOGGETTO COSTITUENTE QUALE TESTATORE.

A) *Persona fisica.* — Nel contratto successorio di vitalizio il costituente dispone mediante contratto successorio a chi debba devolversi la propria sostanza dopo la sua morte. Intraprende cioè una disposizione di ultima volontà la quale esige quel carattere squisitamente personale che esulerebbe dalle persone giuridiche; infatti queste ultime non nascono o muoiono ma si costituiscono e si sciolgono. L'intervento di una

persona giuridica quale costituente è d'altra parte escluso non solo per il contratto successorio di vitalizio ma anche per il vitalizio comune.

B) *Capacità di discernimento — Età maggiore — Intervento personale.* — La duplice funzione, ereditaria ed obbligatoria, che il costituente assolve nel contratto successorio di vitalizio gli presuppongono le prerogative che abilitano l'individuo al contratto di vitalizio ed al contratto successorio.

Perchè la disposizione di ultima volontà abbia valore e perchè il contratto raggiunga la sua perfezione il costituente dovrà in primo luogo essere « capace di discernimento ». Questa capacità è voluta dall'articolo 467 C. C. S.: « chi è capace di discernimento ed ha compiuto gli anni diciotto può, nei limiti e nelle forme legali, disporre dei suoi beni per atto di ultima volontà ». Forse vi sarà chi vorrà obbiettare che nel caso del contratto successorio di vitalizio non si tratta di semplice disposizione testamentaria ma di un contratto successorio vero e proprio per il quale l'articolo 468 C. C. S. si limita a richiedere al disponente l'età maggiore ossia i 20 anni compiuti non peritandosi di un solo accenno circa la sua capacità di discernimento.

A noi sembra che l'articolo 468 C. C. S. così come è espresso sia assolutamente insufficiente; esso deve riflettere evidentemente un senso implicito che gli deriva dalla sua posizione nella legge, ossia dal fatto di essere coordinato alle prescrizioni inerenti alla disposizione testamentaria. Infatti se confrontiamo i termini di età previsti per la disposizione testamentaria e per il contratto successorio si manifesta per questo ultimo una più esigente cautela: per esso non basta l'età matura ma si vuole l'età maggiore; ciò non è

altro che la conseguenza logica degli effetti che derivano al costituente della conclusione di siffatti negozi giuridici: vincolanti e irrevocabili quelli del contratto successorio, revocabili e quindi mai obbligatori quelli della disposizione testamentaria.

Nè si potrebbe supporre che il legislatore abbia inteso restringere da una parte per largheggiare dall'altra permettendo che alla legge venisse meno così il proprio equilibrio; per cui è necessario ritenere che egli non abbia inteso negare a chi contrae per contratto successorio per lo meno lo stesso patrocinio che offre a chi dispone per testamento, e che se ciò non ha chiaramente espresso si è perchè lo ritenne evidente e superfluo. La conclusione mi pare non si presti al dubbio: la capacità di discernimento voluta per uno di questi negozi giuridici vale anche per l'altro.

La natura singolare della capacità di disporre per testamento, per contratto successorio, ossia per ultima volontà, trova la sua ragion d'essere in ciò che non può venir sostituita per avventura della capacità di un altro, di un rappresentante legale o volontariamente scelto. E il Tuor lo conferma: « nelle disposizioni a causa di morte, si trovino esse in un testamento o in un contratto successorio, è esclusa ogni rappresentanza e richiedesi un agire sommamente personale ». (1) Questa condizione vale naturalmente anche per il contratto successorio di vitalizio.

CASO PARTICOLARE.

Qualora al disponente del contratto successorio (e quindi del contratto successorio di vitalizio) manchi

(1) TUOR — I. dispensa. Op. Cit pag. 105 note preliminari, art. 467, 469.

la capacità di discernimento, o l'età maggiore, il contratto può essere giudizialmente annullato ai sensi dell'art. 519 C. C. S.

Ora può verificarsi il caso che il costituente sia maggiorenne, capace di discernimento, pur tuttavia per speciali ragioni si trovi in istato di interdizione. Sarà valido il contratto successorio da lui concluso?

1) Prima argomentazione. — Bisogna riferirsi all'art. 422 C. C. S. V. capoverso; esso richiede il consenso dell'autorità di vigilanza previa decisione dell'autorità tutoria per la accettazione e la rinuncia di una eredità e la stipulazione di contratti successori.

Due domande nascono spontanee: interviene il tutelato quale testatore costituente o quale cocontraente obbligato a controprestazioni nella stipulazione di contratti successori qui previsti della legge? Può un minorenne conchiudere un contratto successorio sia pure col consenso dell'autorità tutoria obbligandosi a controprestazione oppure una tale possibilità è riservata esclusivamente ai maggiorenni?

Certo il caso più frequente nel quale il contraente di un contratto successorio che non sia testatore si obblighi a controprestazioni è precisamente il contratto successorio di vitalizio. Un tale contratto è spesso conchiuso dal testatore con istituti di assistenza, con ospedali. con ricoveri, cliniche ecc., quindi con una persona giuridica: questa è rappresentata nell'atto di conclusione dai suoi organi i quali non saranno per lo più costituiti da minorenni; perciò è logico pensare che mediante l'art. 422 C. C. S. il legislatore avrà contemplato il caso della conclusione di un contratto successorio da parte di un minorenne quale testatore e non quale controparte. Tuttavia l'articolo 422 v.

capoverso potrebbe anche prevedere il caso in cui l'interdetto capace di discernimento si obblighi a controprestazioni mediante contratto successorio; esso non sarà perciò da intendersi quale facilitazione per l'interdetto in quanto gli conferisca la facoltà di disporre per contratto successorio mediante le necessarie cautele, ma piuttosto come una limitazione applicata nei casi particolari a persone capaci di disporre le quali devono fornirsi della approvazione dell'autorità di vigilanza per concludere un contratto successorio.

L'articolo 468 C. C. S. impone al costituente di un contratto successorio l'età maggiore; ciò non lascia supporre che la capacità civile sia una condizione per la conclusione di un contratto successorio e che perciò lo stesso sia precluso a persone interdette ma capaci di discernimento. (1)

2) Seconda argomentazione. — Si oppone alla prima già per quanto riguarda la interpretazione dell'articolo 422 V. capoverso nel senso che il contraente previsto nella stipulazione del contratto sia da ritenersi precisamente il costituente o testatore.

È ovvio che l'articolo 422 C. C. S. come disposizione tutoria colpisca unicamente le persone fisiche; si ammette che nel contratto successorio l'erede istituito sia sovente una persona giuridica; ma dalla possibilità che persone giuridiche possano essere istituite eredi nel contratto successorio di vitalizio alla esclusione delle persone fisiche dallo stesso conferimento corre molta strada. Tanto più che l'articolo 422

(1) Questa opinione è sostenuta dal GROSS (op. cit. pag. 60) e da Bühlmann: das schw. Z. G. B. in Kanton Bern pag. 232.

V. capoverso si riferisce anche ad altre forme contrattuali che non siano quelle del contratto successorio di vitalizio.

Non c'è quindi una ragione sufficiente per affermare che le limitazioni imposte da questo articolo si riferiscano esclusivamente alla parte costituente del contratto successorio.

Prescindiamo quindi da questo articolo. Il costituente di un contratto successorio di vitalizio diventa testatore per la disposizione di ultima volontà che gli presuppone lo stesso contratto. Egli stabilisce a chi debba devolversi la sua sostanza o parte della stessa dopo la sua morte; la sua funzione è in questo momento analoga a quella di chi dispone per testamento. È naturale perciò che gli si richiedano le stesse condizioni: capacità di disporre e stretta personalità della disposizione.

Per quanto riguarda la prima saranno applicabili gli art. 16. C. C. S. la prima parte dell'articolo 467 C. C. S. e l'art. 468 C. C. S. e si intenderà la capacità di agire secondo ragione e la incolumità quindi da malattie dello spirito, da manifeste debolezze e da ubbriachezza cronica.

Per la seconda di queste condizioni sarà invece esclusa ogni forma di rappresentanza come per il testamento; se un individuo non può stendere per se stesso una disposizione di ultima volontà allora interviene la successione stabilita dalla legge; è vero che in questo caso la legge rappresenta l'individuo ma è altresì comprensibile che una tale rappresentanza non sarà capace di sostituire la mancante età o la deficienza.

Inoltre le qualità personali per l'erezione del contratto successorio dipendono anche dal momento contrattuale

obbligatorio in esso contenuto. Nel contratto successorio di vitalizio i contraenti sono vincolati irrevocabilmente; essi stipulano un contratto per la cui realizzazione si richiede la capacità di disporre ed età maggiore (1). Esclusa cosi la possibilità di una rappresentanza anche legale (2) o della minore età nella stipulazione del contratto successorio sarà necessariamente escluso da tale contratto l'interdetto sia pure esso capace di discernimento (3). Non altrimenti si manifesta l'opinione del Rossel: «Colui il quale dispone in queste condizioni deve avere l'esercizio dei diritti civili perchè si tratta di atti cosi eminentemente personali che un legale rappresentante non sarebbe sufficiente. Bisogna convenire senza dubbio che un interdetto sia pure sano di spirito non potrà fare come disponente un patto successorio».

3) Terza argomentazione. — Si giunge alla stessa conclusione negativa della domanda ma per via diversa.

Essa è esposta dal Tuor il quale non è di opinione che il concorso di un tutore o di una autorità stia in assoluta contraddizione col carattere strettamente personale della disposizione per contratto successorio.

«L'atto come tale viene pur sempre compiuto dal disponente e soggiace soltanto ad una susseguente approvazione, motivo per cui alcune leggi cantonali anteriori anche mantenendo il requisito dell'erezione personale ammettevano in certi casi eziandio un testamento col consenso del legale rappresentante o della

(1) HUBER — Erlass I. pagina 384.

(2) Il C. C. francese art. 2274 è chiaro in questo senso «Le disposant ne peut conclure qu'en personne un contrat d'héredité».

(3) Aderiscono a questa opinione HOMBERGER op cit. pag. 81-82; ESCHER: Commentario N. 2 all'art. 498.

autorità (cosi per esempio Glarona, i due Appenzello, Uri, Zugo, Berna, Lucerna, Grigioni, Zurigo, ecc. Huber S. P. R. - 2 - 164 ss.).

Siffatte disposizioni rivestono tuttavia il carattere dell'eccezione e dell'anormale. Il non averle il C. C. S. espressamente assunte ne sembra significare che secondo esso deve valere ciò che è più rispondente al carattere della erezione sommamente personale dell'atto, ossia la sua incompatibilità con un concorso officiale o della autorità.

Ciò coincide altresì con l'opinione espressa nei motivi (2. 64) e si manifesta per simili atti contraria ad una approvazione e vorrebbe la si sostituisse con la cosi detta «Freiung» vale a dire la preventiva autorizzazione senza influenza sul contenuto delle disposizioni. A nostro giudizio adunque è tolta agli interdetti la possibilità di disporre per contratto successorio. (1)

Aderiamo a questa argomentazione. La stessa è confermata in una decisione del 18 marzo 1924 del Consiglio di Stato del Canton Berna riportata nel repertorio di giurisprudenza patria dello agosto 1924 (vol. LVII, fascicolo 8).

II. — DEL COSTITUENTE QUALE VITALIZIATO — Non ogni soggetto di diritto per quanto capace di discernimento (Handlungsfähig) può costituirsi un vitalizio. Il contratto di vitalizio ha per iscopo il soddisfacimento di necessità materiali: queste si riferiscono però solo a persone fisiche e non a persone giuridiche: queste ultime non possono essere pen-

(1) TUOR — Commentario C. C. S. I. dispensa, art. 468, pag. 113.

sate nella parte del vitaliziato (art. 53 Z. G. B.). Presentemente valgono anche per le persone fisiche, nelle leggi cantonali alcune limitazioni: secondo il diritto privato grigionese (§ 450) i minorenni non possono mai essere vitaliziati, nemmeno previo consenso dell'autorità tutoria.

Il C. C. S. sceglie un punto di vista meno rigido. Anche chi sia sotto tutela può concludere un vitalizio, purchè l'autorità tutoria lo ammetta e il contratto non sia cagione di abusi verso il tutelato. Mediante l'art. 422 IV. C. C. S. si richiede oltre al consenso dell'autorità tutoria il visto dell'autorità di vigilanza; non importa se si tratti di maggiorenni oppure di minorenni.

Se il tutelato è capace di discernimento e in età di almeno 16 anni allora il tutore deve interpellarlo, per quanto possibile, prima di decretare in circostanze importanti (art. 409. C. C. S.).

Non si potrà mettere in dubbio che per il tutelato la conclusione di un contratto successorio di vitalizio rappresenti una circostanza importante; per esso egli rinuncia per sempre al diritto di disporre sopra tutto o parte del suo patrimonio; dev'essere perciò richiesta la sua volontà nella conclusione del contratto.

La limitazione che un coniuge possa vitaliziarsi solamente col consenso dell'altro, come per es. Soletta C. C. art. 1254 non ha riferimento sul C. C. S. Secondo il C. C. S. il marito può vitaliziarsi senza il consenso della moglie. Naturalmente egli non può però ferire il diritto della moglie.

Il C. C. di Friborgo (art. 2057) presuppone tra vitaliziato e vitaliziante un vincolo di parentela. Sebbene in pratica ciò costituisca la regola, il C. C. S. non esclude gli altri casi.

§. 10. — DEL SOGGETTO VITALIZIANTE.

Nel contratto successorio di vitalizio è soggetto vitaliziante quel contraente il quale non si assume la disposizione « mortis causa ».

Da questo fatto le qualità che affermano la sua capacità di partecipare al contratto non sono così definite come per l'altro contraente tenuto alla istituzione di erede.

Possono intervenire quali contraenti non testatori oltre alle persone fisiche, che abbiano i requisiti esposti per il soggetto costituente (cifr. §. 9 — I.), anche persone giuridiche.

I. — IL SOGGETTO VITALIZIANTE È UNA PERSONA GIURIDICA. — Non è una eccezione od una anormalità che alcuno stipuli un contratto successorio di vitalizio mediante il quale istituisca erede una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, comunque un ente morale che possegga la capacità giuridica ai sensi dell'articolo 53 C. C. S. e sia quindi ammesso alla sua successione.

Tuttavia l'intervento di persone giuridiche è certamente meno frequente per il contratto successorio di vitalizio che non per semplice contratto di vitalizio. Cerchiamo la ragione. Secondo l'articolo 522 C. O. II. capoverso, quando la controparte del costituente di un vitalizio è un istituto riconosciuto dallo Stato (dove quindi un certo controllo esercitato dal pubblico sul negozio stipulato, renda difficilmente pregiudicabile l'interesse del costituente) basta la semplice forma scritta per la validità del contratto. Per contratti stipu-

(1) TUOR — Com. cit. - I. dispensa, art. 468, pag. 113.

lati tra persone fisiche è richiesto invece sempre l'atto pubblico. E' quindi accordata una condizione di favore ai contratti vitalizi stipulati con ricoveri, istituti, ospedali che godono il beneficio di un riconoscimento da parte dello Stato (1); da ciò è giustificato il prevalere dei vitalizi stipulati con queste persone giuridiche. (2)

Una tale facilitazione però non essendo possibile per il contratto successorio di vitalizio si spiega come l'intervento della persona giuridica quale vitaliziante sia in esso più raro se pure non lo si possa del tutto escludere. (3)

La maggior parte di questi istituti sono persone giuridiche appartenenti al diritto pubblico: soggetti quindi di diritti che non si regolano secondo il diritto civile federale ma secondo il diritto pubblico cantonale essendo essi talvolta parte stessa dell'amministrazione cantonale (fondazioni comunali ecc.) (4). Degne di appoggio riteniamo tuttavia anche le fondazioni private intese a questi scopi umanitari; esse realizzano sovente gli stessi effetti di quelle pubbliche, e offrono inoltre il vantaggio di non offendere la sensibilità di chi, costretto al contratto successorio di vitalizio, aderirebbe a disagio alle forme pubbliche di assistenza.

(1) Questo beneficio è una conseguenza dello sviluppo storico del vitalizio che avveniva per lo più con istituti religiosi, conventi ecc.

(2) Questo predominante intervento della persona giuridica quale contraente nel contratto vitalizio si manifesta anche nel diritto privato zurighese art. 476. dove, al costituente si opponeva il «datore del vitalizio - ente vitaliziante». (Leibgedingeber o Pfründanstalt).

(3) OSER — com. cit., annotazione art. 522 pag. 1007: se l'istituto è istituito erede la semplice forma scritta non basta.

(4) Sono i cosi detti Bürgerheime, Altersasyle, Greisenasyle ecc.

II. — L' EREDE ISTITUITO NEL CONTRATTO SUCCESSORIO DI VITALIZIO, OSSIA L'ALTRA PARTE CONTRAENTE, È UNA PERSONA FISICA.— La legge non prevede speciali disposizioni circa la capacità di diventare controparte nel contratto; non è quindi presumibile una deroga alle disposizioni generali dall'articolo 18. C. C. S. per cui saranno da ritenersi in primo luogo incapaci le persone prive di discernimento. Colui che si obbliga alle prestazioni vitalizie deve naturalmente possedere i diritti civili secondo l'articolo 11. C. C. S. Nel caso di persone capaci di discernimento ma prive dei diritti civili (come per esempio i detenuti, i minorenni e gli interdetti) si dovrà richiedere la ratifica del loro rappresentante legale, (articoli 407 e ss. C. C. S.).

Questa collaborazione del rappresentante legale, che potrebbe sembrare superflua qualora il contratto portasse all' interdetto o al tutelato unicamente dei vantaggi, sarà invece sempre da esigersi per il contratto successorio di vitalizio nel quale il tutelato acquista dei vantaggi soltanto in compenso di prestazioni alle quali si obbliga. (articolo 422 capoverso V. C. C. S.).

Come per il B. G. B. anche secondo il senso del nostro codice è ammessa la rappresentanza del vitaliziato (1). Essa dipenderà, per colui il quale sia civilmente capace, dal libero arbitrio, ossia egli potrà

(1) Cfr. Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B. für das Deusche Reich libro V.

SCHIFFNER — Der Erbvertrag nach dem B. G. B. für das Deusche Reich. Jena 1898 pag. 48, 120.

STAUDINGER — Annotazioni al §. 2274 B.G. B.

scegliere tra una stipulazione personale del contratto e l'altra nella quale egli si sia fatto rappresentare.

Per l'interdetto o incapace di discernimento essa sarà una condizione necessaria, complementare anzi, al beneplacito dell'autorità di sorveglianza che è pure richiesto.

È possibile che più persone siano simultaneamente istituite eredi per una quota di eredità e obbligate per questa via a fornire individualmente date prestazioni vitalizie: una per esempio l'abitazione, l'altra il mantenimento, l'altra gli abiti ecc.; prese solidalmente esse rappresentano la controparte nei confronti del disponente; giuridicamente però saranno da ritenersi conclusi tanti contratti successori di vitalizio quanti siano gli eredi istituiti.

§. 11. — RAPPORTO DEI CONTRAENTI COL DIRITTO DI FAMIGLIA.

Talvolta il contratto successorio di vitalizio subisce un effetto del diritto di famiglia dovuto alle condizioni coniugali che legano l'uno o l'altro contraente.

La facoltà dei coniugi di contrarre un vitalizio (sia quindi mediante contratto successorio o meno) era limitata dalla legislazione cantonale di Soletta (art. 1254), al caso in cui il coniuge contraente avesse ottenuto l'approvazione dell'altro. La stessa condizione, almeno per quanto riguarda la donna maritata, è ritenuta evidente dal Blumtschli nel suo commentario sul diritto privato zurighese.

Oggi una simile limitazione non ha più riscontro nel diritto civile svizzero; la qualità coniugale non impedisce per se stessa il vitalizio; naturalmente un

tale contratto non dovrà intralciare in modo alcuno il diritto di famiglia dal quale sono appunto regolati i rapporti coniugali. Nel caso che una donna maritata stipuli un contratto di vitalizio sarà opportuno por mente al regime dei beni vigente sulla sua unione per riconoscere le garanzie che essa possa eventualmente prestare per le obbligazioni che le si addebitano (cessione di beni o di parte degli stessi):

a) Se essa usufruisce della separazione dei beni allora garantirà il contratto con tutta la sua sostanza (Cfr. art. 243 II. capoverso C. C. S.).

b) Se invece si tratta di una unione coniugale sulla quale vige la comunione dei beni, allora il complesso patrimoniale interviene quale garanzia previa l'approvazione del marito alla stipulazione del contratto (cfr. art. 207, II. capoverso e art. 220, II. capoverso C. C. S.).

c) Se manca l'approvazione dell'uno dei contraenti l'altro potrà rivolgersi unicamente alla parte dei beni riservati (Sondergut) quale mezzo di garanzia art. 208, II. capoverso art. 221 C. C. S.).

Per il contratto successorio di vitalizio questa considerazione del regime dei beni non ha grande importanza; sarà invece opportuno assicurarsi che l'oggetto offerto dal disponente del contratto successorio per costituirsi un vitalizio non ecceda dalla sua quota disponibile.

Qualora nell'atto che regola il contratto successorio di vitalizio intervenisse una clausola mediante la quale il vitaliziato si riducesse a convivere col vitaliziante, essa non avrebbe valore alcuno se l'altro dissentisse da una simile separazione di fatto.

L'articolo 169 C. C. S. garantisce l'intervento del giudice a tutela della comunione legale per il caso in cui uno dei coniugi dimenticasse i doveri che la stessa impone. Il contratto successorio di vitalizio tuttavia sussisterebbe oltre questa clausola e quantunque il vitaliziato non possa far valere e ottenere quindi tutte le prestazioni previste a carico del vitaliziante, esso non avrà un motivo sufficiente per recedere dalla controprestazione.

Può darsi il caso di una persona la quale dopo aver stipulato un contratto successorio di vitalizio si unisca ad un altra in matrimonio. Ora giova distinguere:

a) Se la persona con la quale il matrimonio è contratto sia la stessa del vitaliziante, allora il contratto successorio di vitalizio preesistente tra le parti vien meno ipso jure; infatti tra coniugi non è facilmente concepibile una istituzione di erede e il contratto di vitalizio perde la sua funzione economica.

b) Se invece la persona con la quale il matrimonio è contratto non sia la stessa del vitaliziante, il contratto successorio di vitalizio è annullabile per l'intervento di motivi che rendono per lo meno la sua continuazione eccessivamente onerosa. L'articolo 527 C. O. infatti accorda al vitaliziante la possibilità di promuovere una azione di indennità e siccome il contratto viene conseguentemente sciolto si tratterà quindi di una indennità basata sul calcolo dell'interesse contrattuale negativo. (art. 41 ss. C. O.).

Sono rari assai i contratti successori di vitalizio stipulati dall'uno o dall'altro dei coniugi. Essi sono ostacolati da disposizioni di diritto ereditario e di diritto di famiglia; non riflettono inoltre la ragione economica sulla quale è concepito l'istituto.

Dove esso si verifica si tratta per lo più di una comunione vitalizia; essa non indebolisce ma rinsalda l'unione coniugale. Contrariamente al contratto di vitalizio semplicemente obbligatorio dove il marito può stipulare contemporaneamente per la moglie, la quale è cosi al beneficio delle disposizioni contrattuali a favore dei terzi (articolo 113 C. O.) e dove la moglie stipula per sè ed a favore del marito purchè si attenga all'articolo 177, III. capoverso C. C. S. e si guadagni il consenso dell'Autorità tutoria, per il contratto successorio di vitalizio simultaneo i coniugi dovranno entrambi partecipare personalmente alla conclusione del contratto. Se pure l'erede istituito ossia il vitaliziante sia comune ad entrambi giuridicamente è da ritenersi che essi abbiano stipulato due contratti successori di vitalizio distinti.

CAPITOLO SESTO.

Delle prestazioni contrattuali.

§. 12. — PRESTAZIONI DEL VITALIZIATO.

I. — ISTITUZIONE DI EREDE O ASSEGNO DI LEGATO? — Si ha contratto successorio di vitalizio quando il debitore del vitalizio sia istituito erede dal costituente.

L'istituzione di erede voluta dall'articolo 521 C. O. non dovrà intendersi nel senso stretto dell'articolo 483 C. C. S. ossia unicamente come disposizione secondo la quale la persona designata debba raccogliere l'intera successione o una frazione di essa; talvolta questa istituzione acquista un senso più vasto e comprende anche il legato.

Il debitore del contratto successorio di vitalizio rivesterà perciò, ora la qualità di erede, ora quella di legatario. (1)

Dagli atti non risulta sempre meridiana la volontà del disponente di istituirsi un erede oppure di designare un legatario. Questa volontà sarebbe facilmente desunta dagli atti stipulati «mortis causa» se si dovesse seguire la norma rigida del diritto romano primitivo; esso, pervaso da un particolare formalismo, considerava erede solo colui il quale fosse designato «espressis verbis» quale «heres» dal testatore; il termine con cui si qualificava il beneficiato diventava quindi decisivo per l'interpretazione della volontà del disponente.

(1) OSER — Com. cit. annotazioni art. 521, nota 3, pag. 1606.

Già il diritto romano posteriore, come il diritto comune e le susseguenti codificazioni particolari del diritto germanico si sono scostati da questo principio; citiamo a questo proposito il Windscheid (1); egli afferma che una forma convenzionale della manifestazione non è più richiesta, ma sia invece sufficiente che dal termine adoperato si possa riconoscere con sicurezza la volontà del testatore di istituire suo erede una data persona.

Non è indispensabile che il testatore abbia fatto uso della parola erede; d'altronde anche qualora questa intervenisse nella disposizione non si avrà ancora una prova inconfutabile che si tratti veramente di istituzione di erede piuttosto che di legato.

La stessa opinione è condivisa da Dernburg (2) il quale asserisce che nella interpretazione di un atto di ultima volontà, volendo riconoscere se alcuno sia istituito erede si dovrà dare men peso alla espressione «erede» probabilmente ivi contenuta, che non a ciò che risulta dal complesso della disposizione. (3)

Se la volontà del testatore, e quindi del costituente del contratto successorio di vitalizio, è manifesta nel senso che la propria sostanza venga trasmessa al

(1) WINDSCHEID — Lehrbuch des Pandektenrechts — 8 Auflage 1901, libro III., § 546, pag. 229.

(2) DERNBURG — Pandekte 7 ediz. 1903 - Vol. III. §. 85 pag. 160

(3) ALFONSO RIVA — Op. cit. «Tutta la giurisprudenza italiana è conforme. Citiamo una sentenza 20. Marzo 1911 della Corte di Appello di Catania dove si stabilisce che non l'appellativo di erede dato al testatore ma il tenore intrinseco della disposizione attribuisce la qualità ereditaria e una sentenza 7 febbraio 1912 del Tribunale Civile di Gerace la quale dispone che per attribuire ad una disposizione testamentaria carattere di vocazione universale non occorre vi siano espresse le denominazioni di erede o di eredità (Vedansi Rep. gen. annuale della Giurisprudenza italiana - anno 1912 — pag. 534 nota 18)».

designato ossia al debitore del vitalizio, quale massa unica oppure quale quota di una stessa unità, la designazione sarà da ritenersi una «istituzione di erede» anche qualora il termine «erede» non specificasse il designato.

Reciprocamente se il vitaliziato (testatore costituente) devolvesse all'altra parte contraente (vitaliziante debitore), quale controprestazione contrattuale, un lascito di cosa particolare considerata a sè e non come quota determinata del proprio patrimonio, anche qualora per imprecisione dovesse intervenire la qualificazione di erede nell'atto, il vitaliziante sarà da ritenersi «legatario».

È importante individuare mediante le norme interpretative generali, nella disposizione di ultima volontà su cui basa il contratto successorio di vitalizio, la qualità di erede o quella di legatario che investa la persona del vitaliziante al momento della morte del vitaliziato: l'una e l'altra accendono diritti di significato e di importanza diversa se non addiritura antitetica.

II. — LA DISPOSIZIONE DEL VITALIZIATO A FAVORE DEL VITALIZIANTE È UNA ISTITUZIONE DI EREDE. — Il vitaliziante sarà in tal caso chiamato a succedere al vitaliziato in «universum jus». Con tale disposizione il vitaliziato crea nella controparte un diritto reale immediato sulla eredità; esso acquista cioè al momento della morte del vitaliziato ipso jure la facoltà ereditaria ossia il possesso della parte testatagli, come l'erede testamentario e l'erede legale. (1)

(1) Un immediato intervento dell'erede nel patrimonio del de cujus è previsto dal nostro C. C. S. e dal Codice Germanico. Altrimenti disponeva il diritto romano; così pure il Codice zurighese lo sospendeva sino a quando l'erede non avesse espressamente dichiarata l'accettazione.

Questa istituzione di erede da parte del vitaliziato a favore del vitaliziante può avvenire in modo diverso:

a) Il vitaliziante è istituito unico erede ;

b) Il vitaliziante è istituito erede contemporaneo ad altre persone di una quota rispettivamente designata.

c) Il vitaliziante è nominato erede di una frazione specificata dell'intero patrimonio.

Sarà però sempre il principio della successione universale quello che regolerà i rapporti giuridici scatenti da queste disposizioni. La sostanza del de cujus non si frammenta; essa si trasmette ai successori mediante un atto unico.

Successio in universum jus, successione cioè nel complesso dei diritti patrimoniali inerenti al vitaliziato.

Il vitaliziante subentra immediatamente, alla morte del vitaliziato, nel suo diritto patrimoniale, ed è tenuto ad assumere le adeguate mansioni.

In fondo nulla è mutato fuorchè la persona del soggetto di questo diritto patrimoniale. Quale erede il vitaliziante non acquisisce al momento della morte del de cujus ogni diritto e ogni debito separatamente, ma piuttosto nella loro unità e per mezzo di un atto unico. Già secondo il diritto romano e più precisamente secondo la versione del legislatore romano, non poteva esservi dubbio che l'erede succedesse nell'attivo e nel passivo del de cujus. Per cui procedendo su questa via ci chiediamo se mai sarebbe possibile che il debitore di un contratto successorio di vitalizio, oltre ad essersi prodigato per la necessità del vitaliziato mentre questi era in vita, potesse essere chiamato ad estinguere i debiti relitti alla sua morte. Dal punto di vista teorico la possibilità non si esclude: la pratica invece lo esclude, in primo luogo perchè

procedendo alla conclusione di un simile contratto successorio l'erede istituito si procurerà le sufficienti garanzie che la parte attiva superi quella passiva nella sostanza del testatore; secondariamente perchè mancando l'attivo potrà sempre ripudiare una ingrata eredità passiva per il fatto anche che non esistono a suo riguardo quelle prevenzioni di sentimento che dissuadono spesso i parenti ad intraprendere misure di questo genere.

Egli potrà far valere inoltre le proprie prestazioni quale credito verso l'eredità mediante la richiesta di una liquidazione di ufficio quando sia l'unico erede o quando nessuno dei coeredi abbia dichiarato l'accettazione contraria dell'eredità. (art. 593 ss. C. C. S.)

III. — LA DISPOSIZIONE DEL VITALIZIATO A FAVORE DEL VITALIZIANTE È UN LEGATO. — Il vitaliziante in questo caso è chiamato a succedere al vitaliziato «per singulas res». Questo fatto non accende nella sua persona un diritto reale od immediato sull'eredità del vitaliziante ma un'azione ereditaria personale verso l'erede specialmente nominato o gli eredi legittimi o istituiti di quest'ultimo (art. 573 C. C. S.).

Nel caso precedentemente enunciato essendo il vitaliziante istituito erede e quindi continuatore diretto della sostanza del vitaliziato trapassato, acquistando esso immediatamente e per disposizione di diritto il possesso delle cose ereditarie, non vi sarà tra lui ed il vitaliziato una persona interposta dalla quale egli debba ricevere il compendio delle cose costituenti l'eredità.

In questo caso invece, essendo il legato un peso ed un onere imposto dal vitaliziato all'eredità, e non

conseguendosi questa dal vitaliziante, è necessario supporre l'esistenza di una terza persona; avremo così tre persone che partecipano alla attuazione del contratto:

a) Quella del disponente del legato (vitaliziato);

b) Quella a cui favore il legato deve prestarsi ossia la persona del vitaliziante;

c) Quella incaricata dal vitaliziato di prestare il legato al vitaliziante ossia la persona dell'erede.

Possiamo perciò erigere un parallelo in questo senso tra le diverse prestazioni del vitaliziato;

a) Se il vitaliziato istituisce il vitaliziante suo erede quest'ultimo gli subentra alla sua morte ipso jure, in forza delle sue qualità ereditarie;

b) Se il vitaliziato istituisce a favore del vitaliziante un legato questi acquista invece un diritto di credito la cui realizzazione dipende dal suo libero arbitrio; la cosa legatagli gli appartiene solo quando il gravato gliela abbia trasmessa; se il gravato non riconosce o non assolva la dovuta prestazione resta al vitaliziante la possibilità di costringervelo per via processuale.

Il vitaliziante alla morte del vitaliziato che lo abbia beneficiato della controprestazione di un legato diventa immediatamente creditore degli eredi suoi. Giova osservare però che questo diritto di credito non pregiudica la facoltà degli eredi di rinunciare all'eredità.

Il diritto reale di proprietà sull'oggetto del legato figura nel patrimonio del vitaliziante dal momento del decesso del vitaliziato; se questi morisse dopo l'apertura del suo diritto lo stesso si trasmetterebbe ai suoi eredi e successori.

L'articolo 543 C. C. S. prescrive che il legatario, per acquistare il diritto alla cosa legata, deve essere vivo e capace di succedere al momento dell'apertura della successione. È naturale che quando il vitaliziante che doveva percepire in controprestazione al contratto successorio di vitalizio un legato, premuoia al vitaliziato, sciogliendosi il contratto, il legato decada a favore di colui che era tenuto a soddisfarlo; sovente si avrà una disposizione nel senso che intervenendo la morte del vitaliziante la continuazione del contratto venga trasmessa ai suoi eredi ai quali si dirigerà pure la designazione del legato. In via generale (1) quando il vitaliziante diventi legatario del vitaliziato bisognerà riferirsi alle norme di legge che prevedono la tutela dei diritti del legatario. In entrambi i casi, un bene patrimoniale sarà sempre oggetto della disposizione del vitaliziato.

Anticamente si intendeva quale patrimonio solo la parte attiva che rimaneva dopo la deduzione di ogni passività: «patrimonium non intelligitur nisi deducto aere alieno».

La pratica e la teoria non riconoscono più questo punto di vista, ma pretendono che al complesso dei diritti si accoppii quello dei doveri. Solo da una comparazione dei diritti e dei doveri, considerati come valori monetari, si potrà conoscere quanto una persona valga economicamente e quale potenza gli derivi insomma dai suoi diversi rapporti giuridici. (2)

(1) Cfr. JEAN KRAJENBÜHL — Étude sur les legs précedé d'un aperçu sur l'institution d'héritier, la subtitution fidecommissaire et la charge d'après le C. C. S. Lausanne ed. PAYOT 1916.

(2) CROME — System des B. G. B. Volume I. pag. 171 ss.

Da questo concetto di patrimonio quale complesso di diritti e di doveri si deduce per via analogetica quello della quota di patrimonio; essa pure comporta attività e passività. Il vitaliziato può obbligarsi a trasmettere l'intero patrimonio oppure una quota dello stesso oppure singoli beni patrimoniali; nei primi due casi si potrà prevedere a carico del vitaliziante anche una successione nelle passività; ciò si esclude invece per il terzo ossia per il trapasso di singoli beni patrimoniali. (1)

IV. — IL TRAPASSO DELLA SOSTANZA PREVISTO DALLA ISTITUZIONE DI EREDE A FAVORE DEL VITALIZIANTE PRODUCE PARTE DEL SUO EFFETTO GIÀ TRA VIVI. — Per la sua stessa definizione di contratto successorio il contratto successorio di vitalizio dovrebbe, di regola, produrre i suoi effetti a favore del vitaliziante istituito erede solo per il tempo che succede alla morte del vitaliziato.

Trattandosi qui però di un contratto particolarmente oneroso è presumibile che la parte alla quale spettano le annue prestazioni vitalizie pretenda che l'altra intervenga ad alleggerirne l'obbligo anticipandole già tra vivi quota o parte della sostanza sulla quale gli sarebbe riservata contrattualmente soltanto « una aspettativa ereditaria ».

Il vitaliziante cercherà in questo anticipo un rimedio ed una garanzia contro i danni che gli possono derivare dalla libera disposizione che il vitaliziato conserva sul suo patrimonio anche dopo la conclusione del contratto successorio (art. 494 C. C. S.).

(1) KLAUSEN — Op. cit. pag. 18.

Secondo il Tuor, il libero diritto del testatore che stipuli un contratto successorio di disporre del proprio patrimonio è assoluto ossia « il testatore conserva la piena ed illimitata proprietà con tutte le sue manifestazioni » (1); può quindi, valendosi di questa potestà giuridica e di fatto, fare delle validi alienazioni, svalutare l'eredità per trascuratezza ecc. ecc.

Ora solo in quanto si ledano le aspettattive del vitaliziante si ha una limitazione, ma questa pure dà alla parte lesa unicamente la possibilità di reagire dopo la morte del vitaliziato.

La natura ereditaria del contratto successorio di vitalizio non è in modo alcuno infirmata dalla richiesta del vitaliziante di un anticipo « inter vivos » che lo abbia in certo qual modo a salvaguardare da una perdita troppo rilevante.

Base del contratto è sempre il contratto successorio e non una convenzione ordinaria di diritto obbligatorio.

Le disposizioni dell'articolo 181 del codice delle obbligazioni saranno applicate unicamente entro quei limiti nei quali esse non contraddicono alle disposizioni di contratto successorio.

Per trapasso di beni vita natural durante si intenderà nel contratto successorio di vitalizio non già il trapasso di singole donazioni ma quello di un complesso di beni per se stante o di una quota di sostanza e persino il trapasso di singole quote determinate qualora queste formino insieme la sostanza o la parte principale di essa.

(1) TUOR — com. cit annotazione art. 494, pag. 309, nota 2.

Il trapasso come afferma Tuor « deve inoltre avvenire con ogni diritto (proprietà, qualità di creditori, ecc., non solo possesso nonostante il tenore del testo francese «mise en possession» e neppure a titolo di mutuo) ».

«Non basta il semplice contratto obbligatorio di assunzione ma occorre la sua esecuzione mediante trapasso di proprietà (trattandosi di fondi inscrizione nel Registro Fondiario), cessione di crediti, ogni volta secondo le forme stabilite per il trapasso dei beni tra vivi. L'art. 560 C. C. S. non è applicabile ».

Si tratta in fondo di una speciale successione che si verifica già tra vivi alla quale però non si attaglia il concetto di successione universale. Manca qui infatti il momento per cui ipso jure i crediti, la proprietà, gli altri diritti reali, il possesso e i debiti del defunto passano agli eredi cioè: la morte del testatore.

Sebbene il trapasso di attivo e di passivo avvenga perchè la volontà dei contraenti sia intesa a soddisfare obbligazioni di natura ereditaria, esula da questo negozio giuridico il valore intrinseco della successione universale. Cosi pure volendo indicare questo negozio giuridico quale « successione anticipata » si accorderà detto termine unicamente alla capacità di designare un modo di acquisto di natura ereditaria.

La quale natura ereditaria produce il proprio effetto rendendo possibile l'applicazione del beneficio di inventario, particolarità del diritto successorio, alle disposizioni che regolano la cessione di un patrimonio o di una impresa con attivo e passivo, previste dal diritto obbligatorio.

Secondo l'articolo 181 C. O. II capoverso il vitaliziato che abbia trasmesso al vitaliziante debiti e crediti, oppure una quota di essi, resta con questo obbligato solidalmente ancora per due anni alle dovute garanzie: i creditori del vitaliziato acquistano cioè due debitori per lo stesso credito. La presenza di due debitori solidali complica l'applicazione del pubblico inventario.

È chiaro che qualora il vitaliziante abbia ricevuto la sostanza solo dopo l'erezione del pubblico inventario egli si renda garante verso i creditori soltanto di quei debiti che risultano dall'inventario stesso (art. 589 C. C. S.).

Si tratta invece di sapere se l'inventario produca il proprio effetto eziandio per il vitaliziato (disponente) oppure se una sua ulteriore responsabilità sia da ritenersi esclusa per i debiti non inventariati o rispettivamente limitata alla sostanza iscritta nell'inventario.

Opposti pareri sono sostenuti a questo proposito. I motivi 1,418 (Esposizione dei motivi dell'avanprogetto del C. C. S. del 1900) rispondono affermativamente, adducendo che il disponente ha un diritto di regresso verso l'erede per tutte le prestazioni che fa ancora dopo la cessione a terzi per conto della sostanza ceduta. Tuor contraddice invece questo effetto del pubblico inventario nei riguardi del disponente: « il diritto di regresso concerne unicamente il rapporto interno tra il disponente e l'erede e non si vede perchè l'erezione dell'inventario dovrebbe giovare a quegli per modo da prosciogliерlo in fatto da ogni responsabilità per i debiti giusto all'art. 590 C. C. S. (La sostanza trasferita non appartiene invero più a lui).

Non si può però guari vietare ai creditori non indicati nell'inventario di appigliarsi ai beni del dispo-

nente non compresi nella assunzione o acquistati ancora dopo di essa ». (1).

Per simili debiti il disponente continua a rispondere personalmente senza possibilità di regresso come per le obbligazioni contratte dopo la compilazione dell'inventario.

Homberger (2) asserisce che almeno per quanto riguarda il contratto successorio di vitalizio non sia da respingere l'opinione manifestata nei Motivi: riassumiamo quindi il suo ragionamento. Il pubblico inventario ha per iscopo la orientazione degli eredi sull'importo complessivo dell'eredità: ciò presuppone che la garanzia per i debiti assunti si limiti a quelli iscritti nell'inventario. Lo scopo dell'inventario sarà così raggiunto quando l'erede sia salvaguardato da un obbligo eventuale di soddisfare crediti non inventariati anche qualora essi pervengano dalla via indiretta di chi possa far valere un diritto di regresso.

Ora quando nel contratto successorio di vitalizio, il vitaliziato ceda al vitaliziante un complesso di sostanze bisogna riconoscere nelle parti la volontà di disporre in modo tale che i debiti concernenti la sostanza non ricadano sul vitaliziato, ma si ascrivano invece alle passività del vitaliziante e si facciano quindi valere presso quest'ultimo.

Se il vitaliziante assumendo un tale complesso di sostanze fa erigere un pubblico inventario, vuol dire che le parti mirano a determinare in modo attendibile

(1) TUOR — Com. cit. libro III. annotazioni art. 534, pag. 518, nota 10.

(2) ARTHUR HOMBERGER — Op. cit. pag. 124, 125.

questo complesso patrimoniale specialmente per quanto si riferisca al vitaliziato: essi però non vogliono limitare con ciò il ritiro del vitaliziato dai suoi beni alle poste inventariate. (1).

Da ciò consegue che il pubblico inventario deve aver valore anche verso il vitaliziato.

Anch'egli ora garantisce solamente per quanto è annunciato nell'inventario; infatti se egli dovesse prestare ulteriori garanzie per queste gli sarebbe riservato un diritto di regresso verso il vitaliziante; così che l'effetto del pubblico inventario per il vitaliziante diventerebbe vano ed illusorio.

Il fatto che il costituente di un contratto successorio di vitalizio, vivo ancora abbia trapassata la sua sostanza o parte della stessa al debitore è importante nel caso in cui quest'ultimo gli premuoia. Esemplifichiamo:

a) Il costituente del contratto successorio di vitalizio non ha anticipato al debitore alcuna parte del proprio patrimonio; la sua controprestazione sarà perciò soddisfatta interamente alla sua morte; il debitore gli premuore; egli non avrà quindi alcun diritto verso gli eredi del debitore ma il contratto si scioglie in conseguenza alla disposizione dell'articolo 515 C.C.S.

Salvo disposizione contraria gli eredi del debitore del vitalizio possono pretendere la restituzione dell'indebito arricchimento. Supponiamo che Tizio costituente stipoli con Caio (debitore) un contratto successorio

(1) Se essi invece volessero limitare il ritiro del vitaliziato dai suoi beni alle poste inventariate, l'azione del pubblico inventario si limiterebbe, in questo caso, all'assuntore per le stesse ragioni esposte da TUOR nel suo commentario. (art. 534 C. C. S.).

di vitalizio; calcoliamo il complesso delle prestazioni vitalizie di fr. 20.000 annui. Dopo 5 anni dalla conclusione del contratto Caio muore. Tizio non avendo finora soddisfatta alcuna parte della sua controprestazione contrattualmente sospesa sino alla sua morte si troverà arricchito di fr. 10.000. Gli eredi potranno quindi domandare la restituzione di questo importo qualora Tizio rinunci a continuare con essi il contratto stipulato con Caio.

b) Il costituente ha anticipato al debitore del contratto successorio di vitalizio la sua sostanza o una quota della stessa. Se il debitore gli premuore, il costituente, contrariamente al caso precedente, acquista in virtù dell'articolo 534 C. C. S. il diritto di far valere le proprie pretese contrattuali verso gli eredi di questi. Un esempio:

Tizio stipula con Caio un contratto successorio di vitalizio che gli assicuri una prestazione annua valutata in fr. 2000. Egli ha trapassato « inter vivos » fr. 20.000, somma che corrisponde al suo intero patrimonio; Caio gli premuore; Tizio avrà il diritto che gli eredi di quest'ultimo continuino a fornirgli le prestazioni vitalizie o non essendo ciò possibile potrà pretendere che essi abbiano a versare la somma necessaria ad un solido istituto di assicurazione per ottenergli una corrispondente rendita annua vitalizia di fr. 2000 (cfr. art. 529 C. O.).

Se Tizio avesse trapassato solamente fr. 10.000 tra vivi, ossia avesse assolto per la metà la sua controprestazione, gli eredi di Caio sarebbero tenuti a versare la metà della somma necessaria per acquistare a Tizio una rendita di fr. 2000.

§. 13. — PRESTAZIONI DEL VITALIZIANTE.

L'istituzione di un erede nel contratto successorio di vitalizio è il mezzo di cui il costituente si vale per indurre l'altro contraente alla prestazione; questa sarà propriamente la « prestazione vitalizia » del vitalizio comune. La natura ereditaria del contratto non ha sulla prestazione del vitaliziante, presa in se stessa, una efficacia che la caratterizzi, essendo la prestazione del debitore di un vitalizio semplicemente obbligatorio analoga a quella dell'erede istituito del contratto successorio di vitalizio.

Per la sua stessa definizione di « prestazione vitalizia » essa si rileva prolungata nel tempo quanto la durata della vita del disponente; essa non è assolvibile quindi con un atto unico ma richiede al vitaliziante l'onere di singole prestazioni che si ripetono regolarmente.

Tali prestazioni non consisteranno esclusivamente in un « dare » oppure in « un fare » ma costituiranno una obbligazione mista di dare e di fare. (1)

La causa di ciò si riferisce sempre allo scopo che il contratto si prefigge ossia la facilitazione dell'esistenza del vitaliziato: siccome la stessa comporta esigenze varie è comprensibile che il vitaliziante, al quale incombe il dovere di soddisfarle, abbia anche ad assolvere prestazioni varie. Non si darà mai che l'obbligazione assunta dal vitaliziante consista in modo esclusivo nel ripetere annualmente una certa rendita in danaro perchè allora si tratterebbe non già

(1) Per esse soltanto entra in considerazione la nozione dell'articolo 521 O. R.

di un contratto vitalizio quale prevvede il nostro C. O. ma di una vera e propria istituzione di rendita vitalizia.

E' possibile invece, desiderabile anzi, che accanto alle prestazioni in natura sia prevista una certa quota in danaro la quale sovvenga il vitaliziato nelle sue minime spese particolari, qualora siasi spogliato di ogni suo avere a favore del vitaliziante già tra vivi.

E' bensì vero che anche le prestazioni in natura sono valutabili in danaro, ma qualora un contratto successorio di vitalizio prescriva a carico del vitaliziante alimenti, cibo. vestito, alloggio, riscaldamento ecc., per un valore complessivo di fr. 2000 da somministrare al vitaliziato, non si qualificherà la sua prestazione quale rendita vitalizia. (1)

La rendita è bene commerciabile come tutti gli altri beni, che a sua volta può essere alienato o dotato, mentre non saranno cessibili gli alimenti da prestarsi in natura. Non è indifferente il fatto di fornire fr. 2000 annui oppure di prestare cibi, vestimenti ecc. per un uguale ammontare; o meglio se anche ciò fosse lo sarebbe unicamente dal lato economico ma non dal lato giuridico. Quando la prestazione è rappresentata da danaro o da rate, l'obbligazione assunta dal debitore del vitalizio è una obbligazione di « dare », laddove l' impegno assunto di nutrire, assistere e alloggiare costituisce una obbligazione di « fare ».

(1) Cosi DERNBURG — Das bürgerlische Recht des deutschen Reiches und von Preussen - Halle 1906 - B. G. B. II. 2 pagina 130:

Egli asserisce che la promessa di un mantenimento a vita non sarà mai promessa di rendita vitalizia; il mantenimento varia col variare dei bisogni del vitaliziato, manca cosi la uniformità delle singole prestazioni, la quale secondo la concezione commerciale appartiene al concetto di rendita.

Orbene le due obbligazioni, quella cioè di dare e quella di fare non si equivalgono; per cui se vi è differenza giuridica tra queste due speci di obbligazioni esisterà pure differenza giuridica tra il contratto in cui si ceda una cosa in corrispettivo di un vitalizio che preveda una prestazione annua in danaro od in derrate e quello in cui la cosa è ceduta contro il corrispettivo di alimentare il cedente e di mantenerlo vita sua durante.

Secondo il codice civile italiano il primo sarebbe regolato dalle disposizioni speciali dettate dal legislatore per il contratto di costituzione di rendita vitalizia, l'altro invece apparterrebbe alla classe dei « contratti innominati » e sarebbe come questi retto dai principi generali di diritto.

Nella nostra codificazione invece una tale distinzione è resa più chiara dalle speciali disposizioni che distinguono la rendita vitalizia (articolo 216-520 C. O.) dal vitalizio (art. 521-529 C. O.).

I. — ESTENSIONE E VASTITÀ DELLA PRESTAZIONE DEL VITALIZIANTE. — In origine essa era limitata dall'intervento del Giudice.

Si era riconosciuto che la magra situazione del contadino dipendeva, oltre che dall'eccessivo frazionamento del terreno, anche dalla gravità degli oneri ipotecari che su di esso pesavano.

Questi oneri erano appunto dovuti in gran parte a contratti di vitalizio stipulati tra genitori e discendenti, i quali primi rinunciavano ai loro averi, alla lavorazione dei fondi, e li trapassavano in vita ai diretti discendenti che si impegnavano alla loro volta a date prestazioni vitalizie. Per impedire quindi un

abuso degli oneri ai quali soggiaceva il contadino si introdusse l'obbligo di ottenere una concessione giudiziaria a convalidare il contratto. Il Giudice doveva eseguire una speciale inchiesta onde gli fosse dato provare che il peso della prestazione del vitaliziante non superasse l'importo della possibile rendita del terreno ceduto.

Oggi un tale principio, il quale d'altronde contraddirebbe all'alea e alla bilateralità del contratto, non è più manifesto nelle moderne legislazioni e le parti possono stabilire nel modo più libero la vastità delle prestazioni che saranno reciprocamente fornite.

Secondo alcuni però (1) oggi ancora si ritiene che la vastità della prestazione di un tale vitalizio, stipulato, sia pure per contratto successorio, ma sopratutto mediante un trapasso di terreni inter vivos, dovrebbe essere regolata secondo le abitudini e secondo gli avvenimenti, considerando da una parte la produttività del suolo, dall'altra le necessità del costituente.

Noi non condividiamo questa opinione: il contratto successorio di vitalizio è, come fu precedentemente dimostrato, per sua natura aleatorio e bilaterale (2); suppongasi pertanto che il costituente ceda già in vita un fondo capace di produrre fr. 2000 di reddito; se la somma annua che il cessionario si obbliga a pagare al cedente non superasse i fr. 2000 è evidente che l'alea del guadagno o della perdita non esiste; il

(1) Cfr. FEDERICO SPENGLER — Der Leibgedingvertrag - Tesi di diritto - Würzburg 1905-1906.

(2) La bilateralità del contratto verrebbe pure a mancare per il fatto che già al momento della sua conclusione non sarebbe presumibile l'equivalenza delle prestazioni assunte dai contraenti.

debitore è certo che non dovrà mai rimettergli del suo e si assicura netto il valore del fondo ceduto.

Inoltre nel caso del contratto successorio di vitalizio per il quale un trapasso di beni siasi operato già tra vivi, verrebbe meno anche la natura di contratto successorio a titolo oneroso qualora il vitaliziante dovesse essere per disposizione di legge tenuto a prestazioni che non superassero la rendita della cosa ceduta.

Necessariamente bisognerebbe convenire che la volontà del testatore fosse intesa a fare una donazione(1).

L'estensione della prestazione è quindi soggettiva ossia dipendente dalla libera volontà delle parti contraenti.

È vero che si riscontra una certa elasticità di interpretazione a riguardo delle specificate condizioni contrattuali e non può essere negata tra la prestazione dell'uno e dell'altro contraente una certa relatività per la quale il trattamento deve corrispondere al primitivo stato economico e sociale della persona che ha stipulato il contratto successorio di vitalizio. (Applicazione per analogia dell'art. 524 C. O.).

Anche secondo l'Oser l'estensione dell'obbligo incombente al debitore dipende in prima linea dalla stipulazione (sempre però entro i limiti della legge, articolo 521-524 C. O. e dei buoni costumi) e se il debitore è un istituto di vitalizio riconosciuto dallo Stato, dal suo regolamento interno: poscia dal valore della

(1) Se il costituente invece avesse inteso ottenere un corrispettivo reale, gli mancasse cioé l'animus donandi, una tale donazione sarebbe di nessun effetto appunto perchè mancante di corrispettivo. (cfr. FRANCESCO RICCI - op. cit. Vol. IX, pag. 289).

prestazione del costituente (rapporto tra la prestazione e la controprestazione a cui si può equamente attenersi, nonchè la sostanza che rimane tuttora al costituente), e dalle condizioni nelle quali lo stesso abbia sino allora vissuto.

Entro questi confini il Giudice ha una certa libertà di apprezzamento poichè egli deve tener conto dello scopo del contratto che è quello di assicurare al costituente una esistenza scevra da preoccupazioni pur tuttavia corrispondente ad un certo decoro. (Cfr. ancora il codice zurighese § 491 cp. I.).

II. — CONTENUTO DELLA PRESTAZIONE.

a) *Interpretazione della volontà delle parti.*

L'articolo 521 C. O. primo capoverso definisce contratto di vitalizio quello in cui una parte si obbliga a trasferire all'altra una sostanza o determinati beni e questa a procacciarle il mantenimento e l'assistenza vita sua durante.

La determinazione inerente agli obblighi assunti dal debitore si estende evidentemente anche a quegli assunti dall'erede istituito di un contratto successorio di vitalizio. (art. 521 C. O II. capoverso.)

Il concetto di mantenimento e assistenza rivela già per se medesimo una esigenza personale la quale è rafforzata nel contratto successorio di vitalizio dai legami di natura ereditaria che in esso convergono; lo stesso concetto comprende un riferimento ai bisogni della persona del costituente e allo scopo per cui gli si garantiscono i mezzi necessari per l'esistenza.

La promessa di fornire l'assistenza ed il mantenimento è dovuta sino alla morte del vitaliziato; infatti qualora la stessa fosse limitata ad un tempo altrimenti

determinato, la nozione di vitalizio esulerebbe dal contratto.

Il contratto successorio di vitalizio presenta però certe particolarità per le quali le prescrizioni generali di legge potrebbero avere conseguenze inopportune. Per questo fatto sarà di importanza decisiva la volontà delle parti per interpretare il modo con cui debbano fornirsi le prestazioni enunciate nel contratto in forma generica.

1) Eccezione. Supponiamo che Caio stipuli un contratto successorio di vitalizio con Sempronio; non essendo in grado di lavorare personalmente i propri terreni li trapassa già da vivo a Sempronio e gli pone la condizione che la frutta e verdura che gli aspetta colle altre prestazioni vitalizie siano prodotti della terra ceduta.

Si tratta qui di una prestazione determinata solo nel genere la quale secondo il B. G. B. §. 243 I, capoverso dovrebbe essere di media qualità e di bontà (« von mittlerer Art. und Güte ») e secondo il C. O. articolo 71 secondo capoverso » non dovrebbe essere inferiore alla qualità media.

In questo caso si dovrà interpretare la volontà delle parti nel senso che il vitaliziato Caio ha diritto di ricevere i prodotti che possono essere ricavati dal terreno secondo una « regolare lavorazione ». Egli può pretendere da una parte che le prestazioni gli siano fornite da Sempronio anche quando i frutti ricavati dal terreno siano migliori di quelli che il mercato definisce « di media qualità »; d'altra parte però egli dovrà accontentarsi anche quando, per una annata poco propizia, i frutti siano di qualità inferiore alla media.

Una tale condizione sarà grave per Sempronio negli anni in cui il raccolto sia ottimo ma scarso in quantità, aumentando in tal caso il valore medio della prestazione; dalla quale tuttavia non potrà esimersi per le stesse ragioni per cui Caio non può rifiutare quella degli anni in cui il raccolto è abbondante ma di qualità cattiva.

La nostra conclusione è resa equa dal fatto che è generalmente risaputo che una certa legge di compensazione regola l'avvicendarsi degli anni grassi e di quelli magri.

2) Eccezione. Caio possiede un fondo nel quale è compresa una casa di abitazione. Ora mediante il contratto successorio di vitalizio egli può (come avviene effettivamente nel caso che contempliamo) trapassare questo bene ancora in vita; egli dispone precisamente in questo senso ma si riserva il diritto di aver assegnata quale abitazione quella circondata dal fondo ceduto.

Volendo ricollegare il rapporto giuridico suscitato da una simile convenzione alle norme generali, dovremo per analogia risalire ai diritti di usufrutto.

L'articolo 765 C. C. S. pone a carico dell'usufruttuario e quindi di Caio, per la durata del suo usufrutto ossia del vitalizio, le spese di manutenzione ordinarie e di amministrazione della cosa, gli interessi dei debiti che la gravano, le imposte e le tasse: ove le imposte e le tasse siano pagate dal proprietario l'usufruttuario gliele deve risarcire nella stessa misura.

Caio cedendo la sua sostanza ha evidentemente inteso di rinunciare ai diritti ed ai doveri che la stessa comportava; qualora poi si fosse spogliato di ogni avere a favore dell'erede istituito non gli resterebbe

neppure la possibilità materiale di soddisfare alle prescrizioni dell'articolo 765 C. C. S.; da ciò si deduce necessariamente che riservandosi l'abitazione suddetta egli ha inteso averne l'uso senza gli oneri.

L'efficacia di questa volontà si limita ai rapporti interni delle parti contraenti e non si estende ai terzi. Lo Stato per esempio potrà sempre rivolgersi a Caio per la riscossione delle imposte al quale però sarà concesso, nel caso, l'uso di un diritto di regresso verso l'erede istituito; a questo proposito una distinzione tra diritto pubblico e diritto privato ci sembra superflua.

3) Eccezione. Quando il diritto di alloggio di Caio si riferisca ad una abitazione separata, ossia egli abiti locali indipendenti dall'abitazione di Sempronio, il rapporto giuridico che ne risulta dalla posizione dei contraenti rivela invece una certa analogia con quella che nasce dai contratti di affitto.

Non sarà tuttavia concesso per il caso cosi esemplificato l'applicazione dell'articolo 263 II. capoverso C. C. S. (1) il quale attribuisce a chi abbia affittato una abitazione i lavori di pulitura e di riparazione comportati dal suo uso normale. (2)

L'abitazione convenuta a favore del vitaliziato è da fornirsi in uno stato corrispondente all'uso secondo le norme contrattuali. È perciò dovere del vitaliziante « la conservazione integra » di questo stato per tutta la durata del contratto.

Tali pratici esempi sono posti per dimostrare che pur essendo lecito talvolta orientare la prestazione

(1) Troviamo una disposizione analoga nel B. G. B. §. 1093. §. 1041.

(2) Cfr. l'articolo 37 del "Bayerlische Ausführungsgesetz zum B. G. B.„ e il "Dresdener Entwurf„.

dell'erede istituito di un contratto successorio di vitalizio secondo le norme generali del diritto applicate per via analogetica, tuttavia non sarà mai da trascurarsi l'oggettività della stipulazione e la volontà delle parti.

b) *Dell' alloggio.*

Il vitaliziante deve alloggiare il vitaliziato (C. O. art. 524 II. capoverso) e lo può fare in due diversi modi.

1) Fornendogli una abitazione separata. A questo punto sorge la domanda, che cosa intendiamo noi per abitazione separata? Per abitazione separata intendiamo quella che in rapporto alla abitazione dell'erede istituito rappresenti una abitazione a sè, autonoma, indipendente.

Vivendo entrambi i contraenti entro le mura della stessa casa bisognerà che le loro abitazioni comprendano due piani o per lo meno due appartamenti di uno stesso piano perchè si possa parlare di abitazione separata.

I locali usati dal vitaliziato non devono essere parte costituente dell'abitazione del vitaliziante.

L'uso comune del solaio, delle cantine e di fontane in sè non è sufficiente a contraddire il concetto di abitazione separata.

Qualora intervenisse un guasto causale a danneggiare l'uso di questa abitazione e a menomare implicitamente il vitaliziato nei suoi diritti, il vitaliziante sarà tenuto obbligatoriamente a ristabilire lo stato primitivo entro un termine equo. Una tale obbligazione è da intendersi tuttavia cum grano salis: supponiamo che il vitaliziato viva in un appartamento al secondo piano di una casa di proprietà del vitaliziante la quale per caso fortuito venga distrutta dal fuoco.

Avrà, il vitaliziato in virtù dei diritti acquisiti mediante il contratto successorio di vitalizio la facoltà di pretendere una ricostruzione identica, immediata, che gli accordi lo stesso appartamento allo stesso piano, con la stesse qualità e gli stessi difetti di quello di prima? Non esitiamo nella risposta negativa. La spesa della ricostruzione potrebbe essere cosi ingente e rovinosa per il vitaliziante da costituire una causa grave che lo autorizzi piuttosto allo scioglimento del contratto; infatti supposto anche che mediante il contratto egli abbia saputo di correre l'alea del guadagno o della perdita, tuttavia non essendo un tale contratto paragonabile con il giuoco o la scommessa, bisogna ammettere che egli non abbia inteso con esso affidare alla sorte ogni suo avere.

Se la previdenza del vitaliziato avesse indotto il vitaliziante contrattualmente ad assicurare lo stabile sul quale pesava il diritto di abitazione, questi sarebbe evidentemente tenuto a ricostruirlo; è ragionevole pensare che la nuova costruzione non sarà una fedelissima riproduzione della precedente essendo accordata al vitaliziante l'introduzione di migliorie dovute alle moderne esigenze.

Durante la ricostruzione il vitaliziato dovrà accontentarsi di un locale sufficentemente arredato.

2) Il vitaliziante deve alloggiare il vitaliziato fornendogli una parte della propria abitazione. Nel caso qui posto si ritiene che il vitaliziato partecipi in tutto alla domestica convivenza col vitaliziante. Nel diritto germanico si designava questa comunione coi termini « Winkel im Hause, Beisitz, Einsitz, Herbergsrecht ».

Il vitaliziato non sarà relegato in una o due camere ma potrà per lo più usufruire di tutta l'abita-

zione del vitaliziante come qualunque altro membro della famiglia. Egli dovrà però accontentarsi dello stato della casa in cui viva la famiglia del vitaliziante e la sua eventuale esigenza a riparazioni si limiterà alla camera che gli sia privatamente riservata. Qualora un danno rilevante alla comune abitazione lo esiga è possibile che egli debba acconsentire ad una riduzione del suo locale privato (1)

Questo caso è praticamente il più frequente nel contratto successorio di vitalizio. Questi due modi diversi con cui l'erede istituito di un contratto successorio di vitalizio può essere tenuto ad adempire la sua prestazione concernente l'alloggio hanno una azione immediata sul diritto del costituente di accogliere altra persona presso di sè.

3) Diritto del vitaliziato di accogliere altre persone presso di sè. Quando sia prevvista una abitazione separata il costituente acquista sulla stessa un vero e proprio diritto reale regolato dagli articoli 776 ss. C. C. S.. Generalmente l'abitazione sulla quale si fonda il diritto del costituente sarà commisurata ai suoi bisogni personali; ove però il suo diritto non fosse espressamente limitato alla sua persona da una clausola (difficilmente giustificabile d'altronde)
inserita nel contratto, sarà lecito al costituente tenere presso di sè i membri della propria famiglia e le persone con lui conviventi ossia quelle richieste per accudire alle faccende domestiche.

(1) OSER — com. cit. Entrando a far parte dell'economia domestica il costituente si assoggetta alla podestà domestica del vitaliziante in conformità degli art. 332 ss. C C. S. pag. 1610. nota C art. 524 C. O.

Sotto la denominazione famiglia intenderemo il coniuge e i figli del vitaliziato al tempo della conclusione del contratto.

Secondo l'articolo 38 del «Bayerischen Ausführunggesetz zum B. G. B.» è però da aggiungere, a complemento della tendenza della legge, che il Costituente sia uomo o donna, deve avere pure il diritto di accogliere nella propria abitazione i suoi propri figli illegittimi, il coniuge sposato dopo il contratto di vitalizio e persino i figli portati da questo ultimo. Pure non esiste limitazione di questo diritto inerente ai figli minorenni non ancora allevati se altrimenti non disponga il contratto. (Quest'ultimo caso poco probabile per il contratto di vitalizio strettamente obbligatorio non si verificherà mai per il contratto che noi contempliamo date le ragioni che abbiamo premesso).

È pure ammessa la temporanea presenza presso il vitaliziato di ospiti forastieri e di altre persone purchè dalla stessa non pervenga un aggravio alla prestazione del vitaliziante o un danno probabile per le sue aspettative. (1) Non essendo questo diritto di abitazione del costituente passabile di cessione e tanto meno trasmissibile per successione è naturale che esso si estingua colla morte del costituente cosicchè le persone (naturalmente quelle estranee al contratto) che con esso convivano non potranno oltre godere di tale benefizio (art. 776. C. C. S.) (2)

(1) Cfr. Bayerische Ausführungsgesetz zum B. G. B. art. 38 I. capoverso e §. 1093 II. capoverso B. G. B.

(2) In Germania il §. 1969 B. G. B. stabilisce che i membri della famiglia possono far valere verso l'erede il diritto del cosidetto «Dreissigsten» ossia possano usare della abitazione per altri trenta giorni dopo l'apertura della successione.

c) Dell'assistenza.

Il vitaliziante deve provvedere alla assistenza del vitaliziato.

Raramente questa prestazione prevvista dall'articolo 524 alinea II. per la quale il debitore di un vitalizio è tenuto a fornire al costituente oltre al vitto ed all'alloggio anche la necessaria assistenza, in modo conveniente, in caso di malattia la cura medica, è specificata dalle sue singole obbligazioni.

Per « modo conveniente » si intenderà per lo più la maniera confacente allo stato del costituente, ai bisogni speciali della sua costituzione fisica alla sua prestazione e alle abitudini del paese.

Ora si può essere incerti nell'assegnare al vitaliziante le spese comportate da un'eventuale malattia del vitaliziato; qualora questi però si fosse spogliato di ogni suo avere è logico ed umano che il vitaliziante gli si sostituisca nello assumere l'onere comportato dalle spese dei medicamenti dalle visite mediche, dalle degenze all'ospedale ecc.

Se invece il vitaliziante siasi riservata intera la propria sostanza, come avviene sovente nel contratto successorio di vitalizio, oppure una parte cospicua di essa, si potrebbe assegnare a questa riserva la funzione di colmare le necessità di ordine straordinario; queste non sarebbero quindi imponibili al vitaliziante.

Il tono esplicito dell'articolo 524 alinea II. elimina ogni discussione in merito; riteniamo tuttavia che intervenendo un disaccordo tra le parti sulle condizioni convenute il giudice prenderà ogni volta in considerazione il caso concreto, i rapporti e le circostanze particolari per sentenziare equamente.

Per i funerali la legge non ha prescrizioni speciali.

Nel caso di un totale trapasso della sostanza il vitaliziante dovrà assumersi anche questa spesa.

CAPITOLO SETTIMO.

Forma del contratto successorio di vitalizio.

§. 14. — NORME GENERALI.

Anche trattandosi di un contratto di vitalizio dal quale non dipenda una istituzione di erede la forma di erezione applicabile prescritta dalla legge sarà quella propria del contratto successorio ; essa è inoltre, ai termini dell'art. 11 del C. O. la condizione per la validità del contratto.

Evidentemente il nostro legislatore ha inteso scostarsi nei confronti del contratto di vitalizio da quel principio di libertà di forma che sembra invece prediligere per gli altri negozi giuridici che ottengono la loro attuazione tra vivi. (1).

A maggiore ragione una qualsiasi libertà di forma sarà preclusa dal contratto successorio di vitalizio nel quale, alternandosi la natura ereditaria agli effetti obbligatori, si sviluppa un rapporto giuridico complesso per il quale una forma rigida e controllata diventa necessità imprescindibile.

La forma del contratto successorio contemplata dall'articolo 512 C. C. S. sarà quella comune al contratto successorio di vitalizio e siccome il contratto successorio richiede per la sua validità le forme del testamento pubblico anche il contratto successorio di

(1) Art. 7 C. C. S. dice che le disposizioni generali del C. O. relative alla conclusione, allo adempimento ed alla risoluzione dei contratti sono applicabili anche ad altri rapporti di diritto civile. Cfr. Huber Eugen « Zum schweizerichen Sachenrecht » pag. 79 ss.

vitalizio dovrà riferirsi per la sua forma alle disposizioni dell'articolo 499 C. C. S.

A questo punto può nascere la questione se mai il contratto successorio di vitalizio essendo di carattere prettamente bilaterale (come d'altronde ogni altro contratto successorio è bilaterale per la sua stessa definizione) possa comprendersi nella forma del testamento pubblico, estrinsecazione unilaterale per eccellenza dell'ultima volontà di una persona.

Osserviamo in primo luogo che una deroga alla formalità unilaterale del testamento pubblico è posta in rilievo per il contratto successorio (quindi anche per il contratto successorio di vitalizio) dalla simultanea dichiarazione della volontà delle parti e dalla firma simultanea dei contraenti (C. C. S. art. 512 II. capoverso).

Inoltre una tale questione diventa una petizione di principio essendo la sua risposta implicita nella legge. Quì è rigorosamente applicabile il vieto aforisma « quod lex voluit dixit quod noluit tacuit » ; è la legge che vuole una tale disposizione contrattuale nella forma del testamento pubblico alla quale eccezionalmente sottrae la sua caratteristica di disposizione unilaterale. Quali sono pertanto le ragioni per le quali il legislatore sia stato indotto a designare al contratto successorio di vitalizio la formalità dell'atto pubblico ?

Forse la volontà di accondiscendere ad un interesse di diritto amministrativo che eventualmente competa allo stato per la imposizione delle tasse e delle imposte che gravano tali atti ed i rapporti giuridici da loro generati ?

Sebbene questa non sia sempre l'ultima ragione delle rigide forme alle quali debbano attenersi i negozi giuridici che si stipulano a causa di morte, tuttavia le

riteniamo poco probabili a riguardo della forma del contratto successorio di vitalizio. Determinante sarà invece la preoccupazione di tutelare gli interessi materiali dei contraenti e specialmente del costituente, per il quale il fatto stesso della stipulazione di un tale contratto lascia supporre l'incapacità di amministrare per sè medesimo il proprio patrimonio, incapacità dovuta a scarse cognizioni d'affari.

Da ciò il costituente è esposto al pericolo di chi voglia trar profitto dalla sua buona fede ad eliminare il quale potrà efficacemente contribuire una stipulazione che non si limiti ai rapporti privati delle parti ma preveda un concorso di due testimoni ed il controllo di una persona dichiarata competente dallo Stato (1).

(1) Le precedenti legislazioni cantonali si manifestavano di più stretta esigenza prevedendo per il contratto di vitalizio, ancorchè stiputato solo nelle misure obbligatorie, la autorizzazione dell'autorità competente. Così il Codice di Zurigo §. 477 e ss., Grigioni §. 450 e ss., Argovia §. 967, 958, Nidwalden (Erbrecht 246), Soletta 1249.

Le disposizioni di diritto argoviese sono a questo proposito dirette a difendere particolarmente i diritti degli eredi e dei creditori dei contraenti: così l'art. 967 dice che: «ogni contratto di vitalizio deve essere riconosciuto pubblicamente e con lo stesso deve essere esteso un richiamo di debiti e prestata garanzia per i crediti annunciati», e l'art. 968 aggiunge che «qualora il contratto di vitalizio venga contrastato dagli aventi diritto alla parte legittima il tribunale circondariale (Bezirksgericht) giudica di ufficio». Precisamente verso gli eredi è provabile il sopruso e l'inganno.

Tuor Commentario citato III. dispensa annotazione art. 499 pag. 335; «l'articolo 499 lascia ai cantoni la piena libertà nella designazione della persona competente a celebrare atti pubblici; nel maggior numero dei cantoni troviamo il notaio solo, come nel Ticino, Zurigo, Berna, Uri, Soletta, Basilea

Il necessario intervento di una forma precisa costituisce un primo ostacolo al contratto per il quale i contraenti non si affideranno a quest'ultimo con soverchia leggerezza: la solennità dell'atto è imposta dalle conseguenze dello stesso contratto, le quali sono importanti assai poichè vincolano una persona per tutta la sua esistenza. (1).

Dove il costituente di un contratto successorio di vitalizio si spogli vita sua durante dei suoi beni a favore dell'erede istituito al quale incombe l'obbligo alle prestazioni vitalizie, la necessità di una forma solenne che ne rischiarasse la vera portata del contratto era già sentita nei diritti statutari; riportiamo quale esempio questo frammento degli statuti civili della Città di Lugano (Statuta civilia): «..... Item statutum est si aliquis voluerit se spoliare in aliquo, dicatur prius in conctione et postea ipsa spoliatio fiat in presentia capitanei vel ejus vicarii: et si aliter facta fuerit, nihil valeat. Et quod spoliatio intelligantur, si aliquis vult omnia sua bona vendere, donare vel aliquo alio modo alienare, vel alio modo transferre. Et jurare teneatur tam ille qui se spoliat quam ille cui fit illa apoliatio corporaliter et sancta dei evangelia: quod

Città, Grigioni e Argovia; in altri esso è in funzione di altri funzionari come Svitto, Basso Untervaldo, Turgovia».

Considerare nello stesso capoverso l'enumerazione dei diversi funzionari abilitati dai cantoni alla celebrazione di atti pubblici.

(1) Ciò dipende dal valore etimologico stesso della parola vitalizio, derivante da vita. Nel diritto germanico «Leibgeding» dove Leib deriva dal termine «Lip» che equivale a Leben (mittelhochdeutsch).

ipsa spoliatio est vera, et non fictitia, nec simulata, nec in fraudem alicuius confecta ».

L'importanza che deriva al contratto successorio di vitalizio dalla sua assunzione in un atto pubblico è rilevante; parleremo in seguito dei casi di nullità di questo atto pubblico; per intanto ci basta far osservare che essendo un tale atto ricevuto con le richieste formalità da un notaio o da altro pubblico ufficiale, autorizzato nel luogo dove l'atto è seguito ad attribuirgli la pubblica fede, esso assume una forza decisiva nella prova del contratto.

Da una parte perchè essendo l'originale depositato presso la persona autorizzata dallo Stato, può essere facilmente consultato e prodotto, dall'altra perchè esso è considerato un mezzo di prova privilegiato secondo l'articolo 9 C. C. S.: « i registri pubblici ed i pubblici documenti fanno piena prova dai fatti che attestano, finchè non sia dimostrata la inesattezza del loro contenuto ».

Giova stabilire che al contratto successorio di vitalizio non sarà comunque applicabile la deroga alla norma generale dell'articolo 522 C. O. stabilito dal secondo capoverso il quale accorda agli istituti riconosciuti dallo Stato, alle condizioni approvate dalla Autorità competente, una facilitazione nel senso che entrando questi come contraenti nel vitalizio si ritiene sufficiente la semplice forma scritta alla validità del contratto.

Il fatto che l'articolo 522 I. capoverso preveda la forma del contratto successorio per il contratto di vitalizio e vi aggiunga espressamente « ancorchè non sia collegato ad una istituzione di erede » ci sembra deporre nel senso che allorquando una istituzione di

erede sia la prestazione del costituente del contratto, questo debba assumere ipso jure, per evidenza, la forma del contratto successorio.

Ciò è confermato anche dalla necessità di evitare complicazioni scatenti dall'uso pratico del contratto; avviene infatti frequentemente che al contratto successorio di vitalizio segua già tra vivi un trapasso di immobili, massimamente beni fondiarii; ora secondo gli articoli 657 e 799 C. C. S. applicati ad una decisione del dipartimento di giustizia del 17 novembre 1924 (Vedi repertorio di giurisprudenza patria 1925 pag. 631) l'iscrizione di un tale trapasso al registro fondiario non è ammissibile se questo non sia rivestito nella forma prescritta dal C. C. S. per il testamento pubblico, alla cui osservanza si attiene rigidamente la giurisprudenza del Tribunale Federale. Non sarà pertanto sufficiente la forma usuale dell'istromento prevista dal Codice notarile Ticinese.

Pure in senso analogo suona un'altra decisione del Dipartimento di Giustizia del 16 Luglio 1923; essa ritiene che una forma tale costituisca un difetto il quale può avere gravi conseguenze economiche per l'istituto nel caso in cui il vitalizio fosse impugnato dagli aventi diritto in quella parte che costituisce la contro-prestazione ed il beneficio che l'opera stessa si ripromette (nell'esempio contemplato questa sarebbe la pia opera Leventinese).

§. 15. — NORME PARTICOLARI.

Una differenza decisiva tra le formalità che si addicono al contratto successorio di vitalizio e quelle proprie del contratto vitalizio obbligatorio non esiste fin quando le parti contraenti siano entrambe persone

fisiche; qualora invece intervenga come vitaliziante nel contratto una persona giuridica, per quanto fu sopra dimostrato, potremo rilevare nella forma una essenziale distinzione; per il primo basterà la semplice forma scritta, mentre che per il contratto successorio di vitalizio è costantemente condizione di validità la forma dell'atto pubblico. (1).

Inoltre è facilmente pensabile che nel contratto di vitalizio obbligatorio, siccome le parti non assumono alcuna disposizione di ultima volontà, possano, in condizioni particolari, disporre di una rappresentanza legale o contrattuale che ne sostituisca la loro persona nella conclusione dell'atto.

Ogni rappresentanza è invece esclusa per la forma richiesta dal contratto successorio di vitalizio e il testatore almeno dovrà in ogni caso costituirsi personalmente davanti alla persona autorizzata a celebrarne l'atto ed a due testimoni.

I. — DELLA PERSONA INCARICATA DI ELABORARE L'ATTO. — La persona incaricata di celebrare l'atto costitutivo di un contratto successorio di vitalizio deve essere scelta tra quelle legalmente autorizzate a celebrare gli atti pubblici (notaio, altro funzionario o altre persone ufficiali designati dalle legislazioni cantonali e dalle disposizioni finali del C. C. S. art. 54). Evidentemente si esige l'intervento personale e costante del pubblico ufficiale alla elaborazione dell'atto. Supponiamo pertanto che il notaio abbia firmato l'atto ma non lo abbia personalmente ricevuto;

(1) La conseguenza di un vizio di forma che è per i negozi inter vivos la loro inesistenza comporta invece per i contratti «mortis causa» una azione di nullità.

certo l'atto pubblico richiesto per la validità del contratto successorio di vitalizio sarà inesistente e di conseguenza nullo il contratto; infatti non sarà l'apposizione della firma del notaio all'atto sufficente per renderlo un atto pubblico ma la firma serve unicamente per testimoniare che il notaio intervenne nella celebrazione dell'atto.

Se invece il notaio avesse ricevuto l'atto ma non vi avesse apposta la propria firma il documento sarebbe pure giuridicamente inesistente perchè non solo il notaio deve intervenire all'atto ma è necessario altresì che il suo intervento risulti dall'atto stesso; il che non si ottiene se non mediante la sottoscrizione apposta dal notaio dell'atto.

D'altra parte questo intervento personale può essere considerato come il mezzo offerto al notaio per assolvere i suoi doveri (individuare coscienziosamente la capacità delle parti, riconoscere la loro volontà, richiamare la loro attenzione sopra vizi o difetti o contraddizioni con le disposizioni di legge vigenti), la giustificazione delle responsabilità che l'atto gli fornisce, la esclusione di eventuali malintesi circa la sua competenza «ratione loci».

L'incapacità del notaio implica la invalidità dell'atto pubblico e non già la sua giuridica inesistenza.

Giova però intendersi sul significato di una tale incapacità, essa non si prende in senso assoluto ma relativo ossia come quella che consiste nell'impedimento che perviene al notaio di ricevere un atto del contratto successorio di vitalizio per essere legato da vincoli di parentela con una delle parti che lo contraggono, o per essere egli stesso parte interessata nell'atto.

II. — TESTIMONI. — Premettiamo che si tratta di testimoni richiesti dalla solennità dell'atto cosicchè non è loro riservata una funzione precipua per la prova ma contribuiscono semplicemente alla validità dell'atto stesso. (1)

Essi sono pure passibili di una *incapacità assoluta* ai termini dell'articolo 503 C. C. S. se sono persone che non hanno l'esercizio della capacità civile o che sono private dell'esercizio dei diritti civili in seguito a sentenza penale, che non sappiano leggere e scrivere, nonchè parenti consanguini e di una *incapacità relativa* qualora la stipulazione contrattuale comprenda una disposizione a loro favore.

La cooperazione dei testimoni assolutamente incapaci ha per conseguenza la nullità dell'intero negozio (art. 520 C. C. S.), così per esempio: qualora in un contratto successorio di vitalizio abbiano contribuito alla elaborazione dell'atto quali testimoni due membri della stessa famiglia del vitaliziante, l'atto sarebbe nullo completamente, mentre la cooperazione di testimoni incapaci soltanto relativamente comporta la nullità di una singola disposizione determinata. (2)

Supponiamo per esempio che io voglia stipulare un contratto di vitalizio istituendo mio erede universale Caio vitaliziante. Dispongo nello stesso atto di un dato fondo a favore di Sempronio il quale partecipa nella veste di testimonio; l'atto è valido e con esso il contratto successorio di vitalizio; nulla sarà soltanto la donazione ivi compresa.

(1) HUBER EUGEN: Vorträge zum Sachenrecht pag. 96 Berna 1914.

(2) TUOR com. cit. III. dispensa - art. 503 nota 1 - pag. 351.

Da ciò sembrerebbe inoltre doversi dedurre che, quando mediante un contratto successorio di vitalizio venga istituito erede un istituto di vitalizio appartenente alla amministrazione di un dato comune, nessuno dei cittadini del Comune possa intervenire come testimonio alla conclusione dell'atto.

Ciò è chiaramente contestato dalla legge di Uri del 1873 §. 9 e dalla legge ereditaria di Turgovia §. 70. Infatti manca qui il diretto interesse tra il testimonio ed il contratto stipulato; lo stesso potrebbe manifestarsi però quando gli organi di questa persona giuridica entrassero quali testimoni; opiniamo di conseguenza per la loro esclusione.

III. — ALTRE MODALITA'. — Le altre modalità inerenti al contratto successorio di vitalizio che si impongono per l'erezione dell'atto notarile sono dedotte per analogia dagli articoli 500 - 501 - 502 C. C. S.

Le enunciamo quindi in modo sintetico rimandando il lettore per una più vasta conoscenza alla autorità dei commentari e di altri lavori che contemplano questi articoli in modo assai specificato. (1)

Le parti contraenti comunicano la loro volontà al funzionario (notaio) il quale redige o fa redigere la scrittura che dà poi a leggere ai contraenti stessi; questi firmano l'atto che il funzionario deve datare e firmare egli stesso.

(1) Particolarmente chiaro e completo è il Commentario del Prof. TUOR art. 500-501-502-503. C. C. S., III. dispensa da pag. 338 a pag. 354.

Inoltre cfr. commentario del codice civile svizzero del dott. EUGENIO CURTI FORRER pag. 739 - 745 V. dispensa WALTHER GROSS — op. cit. pag. 47 ss. e una comparazione di WALTHER MOSER dissertazione di diritto Berna pag. 42 ss.

Fatto ciò i contraenti devono dichiarare ai testimoni di aver letto la scrittura e che le disposizioni che in essa si contengono corrispondono alla loro volontà.

Ciò è voluto dalla funzione stessa dei testimoni chiamati dalla legge ad intervenire nella erezione dell'atto per controllare la corrispondenza della scrittura redatta dal notaio con la volontà dichiarata dalle parti. Segue la firma dei testimoni con la quale essi confermano che la dichiarazione delle parti fu fatta in loro presenza e che il costituente (testatore) era a loro giudizio nella condizione di disporre validamente.

Sarà più unico che raro il caso in cui in un contratto successorio di vitalizio intervengano nella stipulazione dell'atto difficoltà di ordine linguistico; infatti il costituente non vorrà per lo più vincolare la sua esistenza per sempre in altro paese che non sia quello ove trasse i natali o del quale per lunga permanenza non ne abbia acquisiti costumi, abitudine e parlata.

Tuttavia una eccezione è sempre possibile. Secondo il C. C. S. un contratto successorio può essere contenuto in un atto steso in qualunque lingua (1) ossia una lingua determinata non è prevista in modo alcuno. Questa facilitazione corrisponde alle esigenze di un paese frequentato per eccellenza da elementi forastieri come il nostro; importante tuttavia la introduzione di provvedimenti che impediscano il verificarsi di malintesi.

(1) Contrariamente al primo ed al secondo progetto i quali richiedevano per un tale atto l'applicazione di una delle tre lingue nazionali. Il B. G. B. in questo senso era assai più limitato; per esso una sola era la lingua dominante per l'atto pubblico; la lingua tedesca §. 2244-2245.

Sarà perciò invocato l'ausilio di un traduttore nel caso che i contraenti non posseggano completamente la lingua usata nell'atto di conclusione. (1)

Insistiamo sulla circostanza del possesso incompleto di una lingua poichè non riteniamo che esso si equivalga in modo alcuno per quanto riguarda il rapporto tra contraenti e traduttori alla ignoranza completa della stessa; escludiamo cioè l'affermazione secondo la quale l'intervento di un interprete basti a convalidare un atto di questo genere nel quale o i contraenti ovvero il funzionario o i testimoni ignorino in modo assoluto l'uno l'idioma dell'altro. In questo caso riteniamo che la formazione dell'atto sarebbe regolata esclusivamente dall' interprete e la fede che la legge attribuisce alle dichiarazioni e operazioni del notaio non si verificherebbe ma cambierebbe nella fede del solo interprete.

E' bensi vero che il codice civile svizzero scelse per la manifestazione della volontà intenzionalmente una espressione quanto più possibile generica «comunicare» art. 500 C. C. S. il che rende accessibile una tale forma contrattuale anche al muto e al cieco naturalmente tenendo conto di prescrizioni accessorie (art. 502. C. C. S.).

Riteniamo però che la condizione di chi ignori completamente la lingua di fronte alla forma pubblica di un tale atto possa in certo qual modo essere considerato come a quella di un muto cieco; egli infatti non sa leggere la scrittura dell'atto e non sa esprimere

(1) In questo senso cfr. la discussione sostenuta da HOFFMANN durante la conclusione del secondo progetto dell'articolo 507 (I. prog. art 529). Bol. sten. ediz. tedesca marzo 1906 pag.196.

la propria volontà per cui di fatto gli è preclusa la forma dell'atto pubblico.

Quando ogni partecipante all'atto pubblico può compiere il proprio ufficio, l'atto deve ritenersi valido come quello che non viola alcun precetto della legge.

CAPITOLO OTTAVO.

Della protezione legale accordata al contraente vitaliziante.

Nel contratto successorio di vitalizio il contraente che non sia testatore acquista contemporaneamente la qualità di erede istituito e quella di debitore del vitalizio; sarà perciò al beneficio di una doppia protezione da parte della legge, dipendente l'una da disposizioni di diritto ereditario, l'altra da disposizioni di diritto obbligatorio.

§. 16. — TUTELA LEGALE VERSO IL VITALIZIATO ACCORDATAGLI DALLA SUA QUALITA' DI EREDE ISTITUITO.

Vedremo però in questo capitolo come, essendo per l'erede contrattuale troppo fiacca la protezione accordatagli dal diritto ereditario, sia da concedere più ampia considerazione a quella del diritto obbligatorio.

Fino a tanto che vive il testatore l'erede istituito di un contratto successorio è generalmente privo di difesa verso gli atti di chi metta in pericolo le sue aspettative. Alla morte del testatore, assumendo l'aspettativa dell'erede istituito un valore più solido e determinato, sarà più facile la sua realizzazione, o impugnare le disposizioni del testatore che ad essa opponessero delle difficoltà. E' evidente che, siccome nel contratto successorio di vitalizio l'erede istituito è tenuto a fornire prestazioni tra vivi, la legge gli accordi la possibilità di premunirsi e di assicurarsi una controprestazione che non sia semplicemente irrisoria.

Prescindiamo per intanto dalle tutele di ordine obbligatorio e poniamo avantutto la questione come mai possa il testatore (vitaliziato) ledere previsioni di diritto ereditario conferite contrattualmente all'erede istituito (vitaliziante).

Distinguiamo due categorie principali di azioni intraprese dal testatore e dannose per l'aspettativa dell'erede istituito:

a) Negozi giuridici stipulati per causa di morte; negozi giuridici stipulati tra vivi a titolo oneroso o a titolo gratuito.

b) Disposizioni esulanti dal concetto di negozio giuridico.

I. — DIRITTO DI CONTESTAZIONE dell'EREDE ISTITUITO VERSO DISPOSIZIONI INTRAPPRESE DAL TESTATORE A CAUSA DI MORTE. E' previsto dall'articolo 494 III. capoverso C. C. S.: «le disposizioni a cause di morte e le donazioni incompatibili con le obbligazioni derivanti dal contratto successorio possono essere contestate».

Sapere fin dove si estenda questa incompatibilità è questione di fatto. Secondo il Tuor, perchè incompatibilità esista bisogna supporre un negozio giuridico «in urto» col vincolo giuridico derivante al testatore dal contratto successorio cioè che si impedisca la non scemata devoluzione al beneficato di quanto gli competa per la promessa contrattuale (1).

Sarà sufficiente per giustificare la contestazione il fatto oggettivo; ossia superfluo il ricercare se il testatore o il favorito dalla disposizione da esso vergata abbiano coscienza o meno di una qualunque illiceità.

(1) TUOR — Com. cit. art. 494 III. dispensa, pag. 310.

Il testo della legge non specifica invece una condizione di tempo relativa alla stipulazione del contratto successorio, perchè la disposizione del testatore sia passibile di contestazione o meno. A questo proposito vogliamo consultare il parere dei commentatori. Nettamente avverso alla possibilità di contestare disposizioni che fossero state intraprese validamente « prima del contratto successorio » si manifesta il dott. Eugenio Curti Forrer; adduce che tali disposizioni potrebbero se del caso unicamente abilitare la controparte a contestare il contratto successorio per titolo di errore, inganno ecc. e a chiedere risarcimento. (1)

Non si può neppure ammettere che la controparte abbia diritto di invocare la protezione del giudice contro misure con le quali il disponente cerchi di sottrarre mediante negozi giuridici tra vivi una notevole parte della futura eredità spettante all'erede istituito.

Da simili misure la controparte non potrà mai premunirsi altrimenti che col far inserire nel contratto successorio i necessari provvedimenti, (prestazioni di garanzia).

Di avviso contrario è invece l'Escher. Tuor distingue opportunamente e ammette il diritto di contesta zione per i contratti successori e le donazioni fatte « dopo » l'erezione dell'atto nonchè le disposizioni di ultima volontà già precedenti alla stessa. (art. 511 C. C. S.).

La disposizione dell'articolo 499 C. C. S. corrisponde quasi letteralmente a quella dell'articolo 511 C. C. S. per quanto riguarda la possibilità della contestazione; essa pretende cioè che la disposizione precedente sia incompatibile con la susseguente.

(1) CURTI FORRER — com. cit. V. dispensa, art 494, nota 14.

Diversamente invece il B. G. B.; esso contiene una espressa disposizione a favore naturalmente degli eredi contrattuali. Mentre una disposizione semplicemente testamentaria è invalidata da una susseguente solo nel caso in cui la prima stia con l'altra in diretto contrasto (§. 2258 B. G. B. I. capoverso), intervenendo un contratto successorio basterà che il diritto dell'erede istituito ne sia danneggiato perchè la precedente disposizione di ultima volontà venga annullata. Cosi volendo esemplificare: un primitivo legato resta generalmente illeso dal susseguente testamento mentre sarebbe contestato da un susseguente contratto successorio. Il B. G. B. ha inserito una tale disposizione certamente a tutela dell'interesse dell'erede contrattuale il quale, per lo più, non conoscerà le disposizioni prese dal testatore per atto di ultima volontà anticipatamente alla stipulazione del contratto successorio.

È tuttavia fuori di dubbio che anche una precedente disposizione a causa di morte possa essere mantenuta espressamente nel contratto successorio.

La letteratura germanica però va oltre: essa è concorde nel riconoscere che il testatore contraente il contratto successorio possa riservarsi il diritto a più estese disposizioni a causa di morte (1) e desume tale possibilità dal §. 2293 B. G. B. il quale giunge ad ammettere, per il testatore, nientemeno che la riserva contrattuale al ritiro del contratto successorio.

Una disposizione analoga non è riconosciuta dalla nostra legge.

(1) KIPP — Erbrecht §. 34 II. 5. c.
SCHIFFNER — Der Erbvertrag nach B. G. B. §. 37.

II. — DIRITTO DI CONTESTAZIONE DELL'EREDE ISTITUITO VERSO DISPOSIZIONI INTRAPRESE DAL TESTATORE TRA VIVI. —

Il vincolo giuridico assunto dal testatore di un contratto successorio sembrerebbe rendere favorevole la posizione dell'erede istituito nel contratto; l'intervento però dell'articolo 494 C. C. S. II. capoverso, (1) se non smentisce del tutto questa posizione di favore, tuttavia, la modifica assai.

Conservando il testatore la libera disposizione sul suo patrimonio potrà talvolta rendere economicamente insignificante l'onere impostogli dal contratto successorio.

Così per esempio contraendo matrimonio o adottando alcuna persona il testatore crea dei diritti legittimi alla sua successione a svantaggio dei diritti dell'erede istituito; inoltre mediante irragionevoli operazioni, scialaquando la propria sostanza, impiegando la stessa per esempio per acquistarsi altrove una rendita vitalizia, gli sarebbe concesso ancora deludere l'aspettativa dell'erede istituito.

Quand'anche il testatore lasciasse arguire, per una cattiva amministrazione dei suoi beni, prossima la sua insolvibilità, non spetterebbe ancora all'erede istituito come tale di proporne la interdizione. Sarebbe tuttavia deficiente quella legge la quale lasciasse dipendere in tutti questi casi dal libero arbitrio del testatore la sorte dell'aspettativa dell'erede istituito.

Per questo motivo l'articolo 494 C. C. S. III. capoverso pone una limitazione la quale può «sempre»

(1) L'articolo 494 è esplicito: al II. capoverso afferma che il testatore «conserva la libera disposizione del patrimonio».

essere invocata dall'erede istituito. (1) Facile potrebbe diventare il sofisma circa il valore che intendiamo accordare a questo avverbio « sempre » ; per cui riteniamo opportuno risolvere la questione se l'erede contrattuale possa o meno rinunciare talvolta valevolmente alla tutela che la disposizione contempla, se cioè l'articolo 494 C. C. S. III. capoverso sia costringente, obbligatorio, oppure semplicemente dispositivo.

La controversia che appare assai discussa per il diritto tedesco ci sembra doversi concludere per il nostro codice nel senso che l'articolo citato « non può essere mai » l'oggetto di una rinuncia da parte dell'erede istituito.

Certamente la dottrina tedesca risale al §. 2293 B. G. B.; esso ammette per il testatore la possibilità di riservarsi la revoca arbitraria dello stesso contratto successorio mediante una clausola inserita nell'atto di costituzione; logico quindi che qualora l'erede istituito possa accondiscendere a tale condizione sia altresì disposto a rinunciare ad una contestazione di atti che spezzassero eventualmente gli effetti del contratto successorio (2).

Ci sembra originale, se non impossibile, la conciliazione tra la intenzione di una parte di stipulare un contratto con la simultanea accondiscendenza a che il vincolo giuridico resti unicamente regolato dal libero arbitrio dell'altra parte.

Ad ogni modo, non avendo riflesso una disposizione analoga nel nostro codice, è tolta per noi ogni

(1) Articolo 494 III. capoverso C. C. S.

(2) STROHAL — Das deutsche Erbrecht §. 45, annot. 36 pag 48; MATHIAS — Lehrbuch des B. G. B. §. 281, (II) KRETZSCHMAR — Erbrecht, § 51, nota 18.

probabile giustificazione di una rinuncia in questo senso da parte dell'erede istituito. Perchè il vitaliziante (erede istituito) possa invocare la prescrizione di diritto ereditario dell'articolo 494 III. capoverso C. C. S. bisogna presupporre da parte del vitaliziato (testatore) donazioni o disposizioni a causa di morte indipendenti dal contratto successorio di vitalizio.

L'articolo 239 C. O., definisce quale donazione « quella disposizione tra vivi per la quale una persona cede tutto o parte dei suoi beni ad un'altra senza controprestazione corrispondente» (1).

E' fuori di dubbio che oggetto di contestazione ai termini dell'articolo 494 III. C. C. S. da parte del vitaliziante possano essere anche donazioni mascherate o simulate da altri negozi giuridici e neppure sarà necessaria la presunzione che il vitaliziato sia stato determinato ad intraprendere la donazione precipuamente, se non esclusivamente, dalla cognizione e volontà di arrecare un danno al vitaliziante.

L'intenzione di danneggiare era voluta invece dal B. G. B. perchè il §. 2287 fosse applicabile. Di più la dottrina tedesca esitava nell'applicare il §. 2287 per le donazioni rimunerative intraprese dal testatore e deduceva a questo proposito che essendo presente l'intenzione di premiare il donatario si esclude quella di danneggiare l'erede istituito. La conclusione però non ci soddisfa intieramente; riteniamo possibile che anche in presenza di donazioni rimunerative potrebbe

(1) Più sottile ci sembra la definizione del B. G. B §. 516. Per donazione esso intende un contratto per mezzo del qnale un contraente assegna all'altro un arricchimento e sulla cui gratuità le parti sono concordi.

applicarsi il §. 2287 poichè le due volontà potrebbero sorgere contemporaneamente nel testatore e manifestarsi nell'intenzione di favorire l'uno a detrimento dell'altro.

La nostra legge, eludendo l'intenzione del vitaliziato di voler apportare un danno qualunque al vitaliziante (nel caso specifico del contratto successorio di vitalizio, testatore l'uno e l'erede istituito l'altro), si rivela di una vantaggiosa praticità; la stessa è estesa anche alla determinazione dei limiti entro i quali il donatario è tenuto al risarcimento.

a) Premettiamo che una pretesa dell'erede istituito (vitaliziante) verso il donatario (colui cioè che è beneficato dal vitaliziato) sorge solo con l'apertura della successione del testatore (colui che ha fatta la donazione). Da ciò consegue naturalmente la domanda: avrà il contraente vitaliziante di un contratto successorio di vitalizio una tutela legale conferitagli dalla sua qualità di erede istituito verso il vitaliziato mentre questi viva?

Rispondiamo negativamente. Una pretesa di diritto ereditario verso il vitaliziato prima dell'apertura della sua successione contraddirebbe al senso del secondo capoverso dell'articolo 494 C. C. S. Inoltre nel contratto successorio di vitalizio, accertata la volontà del vitaliziato di danneggiare il vitaliziante con il negozio giuridico intrapreso, o una sua colposa trascuranza nella amministrazione dei propri beni, ci chiediamo se mai sia concesso al vitaliziante di appellarsi «per atto illecito» verso il vitaliziato ancora vivente riferendosi a disposizioni di diritto ereditario.

Anche in questo caso siamo negativi, infatti: l'articolo 494 III. capoverso non erige distinzione tra i negozi giuridici incompatibili con le obbligazioni

derivanti dal contratto successorio convenuti verso l'erede istituito con intenzione odiosa o meno. Saranno cioè compresi nella disposizione con gli uni anche gli altri. La contestazione dell'articolo 494 III. capoverso può farsi solo dopo la morte del testatore. (1) Ciò vuol dire che una pretesa con eventuale risarcimento non può essere rivolta al disponente di un contratto successorio.

L'applicazione dell'articolo 41 C. O. non si potrebbe inoltre conciliare con la tendenza affermata dallo sviluppo storico nel contratto successorio, quella cioè di creare per il testatore unicamente un vincolo di diritto ereditario il quale non imponga limitazioni di sorta alla libertà di disporre tra vivi; contrariamente l'articolo 494 III. capoverso C. C. S. sarebbe reso superfluo.

Anche la dottrina tedesca giunge per via diversa alla medesima conclusione (2).

Essa cosi argomenta: il §. 2288 B. G. B. stabilisce che l'erede, qualora il testatore abbia volutamente rovinato l'oggetto della disposizione di legato per danneggiare il favorito, debba risarcire al legatario il valore dell'oggetto. Siccome però ai termini del §. 1967 B. G. B. l'erede garantisce per le obbligazioni dell'eredità (Nachlassverbindlichkeiten), se esistesse già in vita dal testatore un diritto del favorito verso questi secondo il §. 826 B. G. B. (il quale corrisponde nelle sue generalità all'articolo 41 C. O.), il §. 2288 sarebbe superfluo.

(1) TUOR — III. dispensa, pag. 310, nota 18 com. cit.. In questo senso collimano quasi unanimi i nostri commentari.

(2) Cfr. MEYER — §. 66, annot. 15 Erbrecht. KIPP — §.34 nota 1 Erbrecht.

Una pretesa per « atto illecito » verso il testatore mentre questi viva esula quindi dal diritto che deriva al vitaliziante dalla sua qualità di erede istituito.

b) Avrà il vitaliziante una pretesa verso il donatario beneficiato mentre viva quest'ultimo?

Rispondiamo sulla scorta del diritto tedesco: la letteratura preoccupandosi di affermare una tutela per l'erede istituito vivente il testatore, ha cercato per vie diverse di dedurre la possibilità di questa pretesa dal §. 2287 B. G. B. ed ha presentato diverse interpretatazioni. Il Wilke (1) e il Scherrer (2) sono del parere che la pretesa degli eredi contrattuali del §. 2287 nasca contemporaneamente alla donazione come condizione stessa della successione.

Ammessa pertanto questa opinione l'erede contrattuale sarebbe al beneficio di una garanzia delle sue pretese ereditarie offertagli dei §. 917 - 936 del codice di procedura civile (Z. P. Ordnung) secondo i quali anche « pretese condizionate » possono formarne l'oggetto per mezzo di sequestro o disposizione provvisoria (einstweilige Verfügung).

Vi si oppongono Kipp, Plank, Strohal (3). Riteniamo che la concessione succitata confonda il valore dei termini « condizione » e « condicio juris ». Si parlerà di condizione apposta a negozi giuridici solo quando la libera volontà delle parti convenga che l'entrata in vigore degli stessi dipenda da un avvenimento futuro comunque designato. Mentre per condi-

(1) WILKE — Erbrecht, annot. §. 2287.
(2) SCHERRER — Erbrecht, annot. §. 2287
(3) KIPP — Erbrecht, §. 34, Plank, B. G. B. §. 2287. STROHAL — §. 88 das deutsche Erbrecht.

zione di diritto si intenderanno quelle previste dalla legge per l'effettuazione di una determinata pretesa.

Così le pretese condizionate dei § 816-936 Z. P. O. non sono quelle dipendenti dalla libera volontà dei contraenti ma le altre che provengono da una oggettiva attribuzione legale. Mancando la stessa si dovrà conseguentemente negare la validità della pretesa.

c) Quando il donatario sollecitando la donazione da parte del costituente di un contratto successorio di vitalizio, causi intenzionalmente un danno al vitaliziante (erede istituito) potrà applicarsi in suo confronto l'art. 41 C. O. vivente il vitaliziato?

Partiamo sempre dal principio che la controprestazione del vitaliziato sia la pura designazione di erede a favore del vitaliziante.

Se la donazione sia stata sollecitata dal donatario in modo contrario ai buoni costumi opiniamo che sarà possibile fargli risarcire l'intero danno vivente il testatore. Stabilire se esista un danno pecuniario al termine dell'art. 41 C. O. sarà dato soltanto da un esame delle singole vicende del caso particolare. Questione di principio è invece sapere se al vitaliziante possa soprattutto ridondare un danno pecuniario ai termini dell'articolo 41 da una donazione fatta a terzi.

Se all'erede istituito appartenesse un diritto immediato sulla sostanza del testatore allora non vi sarebbe dubbio che da una disposizione gratuita del testatore a favore di un terzo questo diritto ne sarebbe minorato e con esso la sostanza dall'erede contrattuale. Un tale diritto è tuttavia escluso.

Di contro all'erede contrattuale è data un'attesa di fatto, simile a quella del favorito di una disposizione testamentaria, ma assai più concreta di questa

per il motivo che il contratto successorio comporta una rigida irrevocabilità.

Evidentemente questa aspettativa è ridotta nel suo valore quando il testatore disponga gratuitamente di una parte della propria sostanza.

Ora è da chiedersi se la svalorizzazione di una pura attesa ereditaria possa essere concepita quale danno del diritto patrimoniale del vitaliziante in senso tecnico.

Il concetto eminentemente giuridico conosce quale oggetto di patrimonio soltanto una somma di diritti privati. In questo senso è esplicita la definizione del Bekker secondo la quale « il patrimonio giuridico non comprende altri beni all'infuori dei diritti ». (1)

La stessa ci sembra di valore non trascurabile specialmente nei rapporti di diritto ereditario e di grande ausilio nel risolvere la nostra questione: siccome il patrimonio consiste in un complesso di diritti così non si potranno calcolare appartenenti al proprio patrimonio quei vantaggi (nel nostro caso pretese) che si godono senza averne un diritto.

Mancando per il vitaliziante il concetto di un danno al proprio patrimonio, l'articolo 41 C. O. non è applicabile.

Tuttavia si può giungere ad una opposta conclusione elaborando il concetto di patrimonio nel senso economico il quale oltre a beni reali (Sachgütern) ed a beni personali (Persönlischengütern) conosce quale oggetto di patrimonio anche condizioni di fatto (Faktische Zustände). (2)

(1) BEKKER — Pandekten, I. §. 41, (Beilage I.).

(2) ADOLF WAGNER — Lehrbuch der politischen Oekonomie, libro I., pag 22, 23.

Condizione di fatto sarebbe perciò anche la pretesa ereditaria del vitaliziante. Delusa la quale sarebbe implicitamente asportato un oggetto del patrimonio con conseguente danno patrimoniale per il vitaliziante. Accettata questa soluzione si imporrebbe l'applicazione dell'art. 41 C. O.

III. — TUTELA DEL VITALIZIANTE VERSO INFRAZIONI APPORTATE AL SUO DIRITTO EREDITARIO DA AZIONI INTRAPRESE DAL TESTATORE LE QUALI NON SIANO NEGOZII GIURIDICI.

Qui entrano in considerazione disposizioni di fatto le quali esternano una forza giuridica ipso jure ossia anche qualora essa non sia prevista o voluta. Nel nostro caso essendo tali azioni rarissime assumono una importanza secondaria; è tuttavia pensabile che all'erede istituito simili azioni possano riuscire svantaggiose.

Supponiamo che il vitaliziato accetti un giudizio iniquo che lo costringa a pagare i debiti che non ha contratto e lasci assurgere lo stesso a forza giuridica; oppure lasci deperire oggetti appartenenti al suo patrimonio o li distrugga.

In questi casi vale certamente la disposizione dell'articolo 494 II. capoverso applicata per analogia: se il costituente di un contratto successorio di vitalizio, quale testatore sia fondamentalmente libero d'intraprendere negozii onerosi tra vivi, anche se dannosi per l'erede istituito, così si dovrebbe derivare da un argomentum a majore ad minus, che egli non può essere impedito nell'intraprendere azioni di diritto o semplici disposizioni che non siano negozii giuridici anche qualora contrarie all'interesse dell'erede contrattuale.

Concludendo la tutela accordata al vitaliziante di un contratto successorio di vitalizio dal diritto ereditario che in esso si accende per la sua qualità di erede istituito è manifesta per le disposizioni intraprese dal vitaliziato mortis causa incompatibili col contratto successorio nel quale si comprende il vitalizio. (1).

Contro il vitaliziato che abbia intrapreso donazioni o negozi giuridici gratuiti tra vivi, per la sua qualità di testatore non apparterrebbe al vitaliziante quale erede istituito alcuna protezione legale prima dell'apertura della sua successione.

(1) Cfr. una sentenza della Aargauische Rechtssprechung, aprile 1899 — riportata nel Zeitschrift für bernischen Juristenverein N. 35, pag. 497. Essa afferma che al contratto di vitalizio appartenga, secondo la concezione argoviese, una natura ereditaria la quale opposta a un testamento o ad un legato antecedente mantiene il sopravvento. Se ciò era possibile secondo la giurisprudenza argoviese per il vitalizio, a maggior ragione sarà per il contratto successorio di vitalizio nel quale la natura ereditaria è sempre incontestabile. Il contratto di vitalizio dell'ordinamento argoviese non corrisponde sempre ad un contratto successorio di vitalizio. La natura ereditaria gli è generalmente attribuita per la frequenza con la quale esso era stipulato tra parenti: era in fondo una diretta derivazione del Leibgeding. Tuttavia il debitore del vitalizio non acquistava già un diritto alla completa o parziale eredità del vitaliziato (come nel contratto successorio di vitalizio) ma bensì una pretesa alla pronta cessione di sostanze presenti o eventualmente future.

§. 17. — DELLA TUTELA LEGALE ACCORDATA ALL'EREDE ISTITUITO VERSO IL VITALIZIATO DALLA SUA QUALITA' DI VITALIZIANTE.

In effetto se il vitaliziante dovesse avere verso il vitaliziato per mezzo del contratto successorio di vitalizio solamente quella protezione che perviene dall'erede istituito verso il costituente del contratto successorio dal diritto ereditario, potrebbe incorrere in un rischio che certamente non aveva previsto nell'addivenire al contratto.

Abbiamo visto che un'azione diretta verso il vitaliziato quando questi svalorizzi la sua contro-prestazione (contratto successorio) mediante liberalità o donazione, non è possibile che all'apertura della sua successione.

Un procedimento così mite nei confronti del costituente di un contratto successorio è pensabile solo sulla scorta della pura concezione germanica che riteneva il contratto successorio un negozio giuridico eminentemente gratuito simile alla donazione o alla « datio ob causa ».

Noi abbiamo cercato invece di dimostrare come il contratto successorio possa essere talvolta un negozio giuridico oneroso e di ciò ne sia esempio per eccellenza il contratto successorio di vitalizio.

L'istituzione di erede fatta a favore del vitaliziante da parte del vitaliziato è da ritenersi una vera e propria controprestazione alla quale il vitaliziato sia saldamente vincolato onde derivi una certa garanzia all'altra parte contraente per le obbligazioni assunte a sua volta.

Sarebbe ingiusto infatti che il vitaliziante dovesse perseverare nelle sue prestazioni a favore del vitali-

ziato fino alla morte di costui quando anche questi avesse di fatto annullata la propria controprestazione. Un interesse di adempimento non gli è riservato verso il testatore del contratto successorio: questo interverrebbe solo verso il beneficato della liberalità alla morte del testatore, termine che potrebbe essere troppo tardivo per l'interesse del vitaliziante.

Si impone quindi a tutela degli interessi del vitaliziante l'applicazione di mezzi giuridici più efficaci di quelli che gli siano riservati dal diritto ereditario acquisito e che agiscano verso il vitaliziato (testatore) quando questi sia ancora in vita.

L'articolo 514 C. C. S. asserisce che chi per effetto di un contratto successorio ha diritto di ricevere delle prestazioni tra vivi può recedere dal contratto secondo il diritto delle obbligazioni qualora le prestazioni non siano debitamente adempiute o garantite; ciò non contiene semplicemente una preferenza delle disposizioni a causa di morte ovvero una specie di «favor testamenti» ma essa riflette piuttosto il principio derivato dalla considerazione della opportunità che presso tali negozi giuridici il movente non debba essere giuridicamente insignificante.

Questo principio sarà reciprocamente applicabile al caso in cui il vitaliziante (erede contrattuale) veda delusa la propria attesa al beneficio del contratto successorio che lo aveva indotto al contratto successorio di vitalizio.

Il Tuor ([1]) è pure esplicito nel ritenere che al beneficato della devoluzione di eredità a titolo oneroso

(1) Tuor — Com. cit. art. 494, III. dispensa, nota 28, pag. 313, 314.

si debba consentire il rimedio giuridico previsto negli articoli 107 e seguenti del C. O. quindi un diritto di recesso unitamente a quello di ripetere la prestazione già fatta (art. 109 C. O.).

Il testo dell'articolo 107. C. O. presuppone, perchè l'articolo sia applicabile, un contratto bilaterale ; secondo quanto abbiamo manifestato circa il contratto successorio di vitalizio esso è adunque da prendersi senza dubbio in considerazione. Nè varrebbe a questo proposito addurre il fatto che il contratto successorio di vitalizio sia giuridicamente la risultante di due negozi separati per opporre una difficoltà alla applicazione suaccennata.

Il peso maggiore dell'unità del contratto bilaterale contemplato dall'articolo 107 C. O., sta nel fatto che la manifestazione della volontà delle parti contraenti rappresenti una unità economica. Considerato il contratto successorio e il contratto di vitalizio come una volontà economica è ragionevole la deduzione che ad azioni che rendano il contratto successorio inefficace corrispondino altre che fiacchino l'obbligatorietà del contratto di vitalizio. (1). Applicabile l'articolo 107 C. O. sarà conseguentemente applicabile l'articolo 109 C. O. per cui il vitaliziante può rifiutare la prestazione promessa e chiedere di ritorno quanto egli abbia già fornito.

(1) Cfr. STAUDINGER: Com. B. G. B. libro I., III. ediz., nota I., §. 139 e DERNBURG: Das B. G. B. des deutschen Reiches und Preussens libro I., III. ediz., nota 2, §. 119.

CAPITOLO NONO.

Tutele accordate al costituente di un contratto successorio di vitalizio.

Mentre nel contratto di vitalizio semplicemente obbligatorio, essendo immediato il trapasso del corrispettivo contrattuale dal vitaliziato al vitaliziante, possiamo desumere per il primo una inferiorità di sicurezza in rapporto al secondo, per quanto riguarda invece il contratto successorio di vitalizio, se pure non sia lecito affermare che le parti si invertano, tuttavia il rischio corso del vitaliziato ha un valore relativo o quasi irrisorio, essendo la sua controprestazione una disposizione a causa di morte.

Una richiesta di speciali garanzie da parte del costituente a questo proposito, potrebbe perciò sembrare superflua; ad essa supplisce indirettamente l'inventario che si suole erigere per il contratto successorio di vitalizio ai termini dell'articolo 534 C.C.S. (1)

Riportiamo a conforto di quanto asseriamo l'opinione analoga del Klausen: « l'erezione di un inventario non sarebbe un mezzo di sicurezza diretta, ma una valida disposizione atta ad eliminare dallo scioglimento del contratto numerose difficoltà come previsto per il contratto successorio di vitalizio».(2)

Se vagliamo però i diversi casi pratici dei contratti successori di vitalizio vedremo che essi raramente si manifestano nella loro forma pura; per lo più

(1) Cfr. Oser com. cit. C. O. art. 523 nota 3, pag. 1608.
(2) Klausen op. ct. pag. 128

interviene un trapasso di beni dal vitaliziato al vitaliziante già tra vivi ad agevolare la prestazione di quest'ultimo.

Questa operazione sebbene non infirmi la natura ereditaria del contratto, che permane sulla base del contratto successorio, ne riduce però gli effetti pratici a quelli del contratto di vitalizio obbligatorio; è perciò naturale che il costituente il quale abbia trasmessa una quota della sua sostanza al debitore già tra vivi sia posto al beneficio delle stesse cautele che si accordano al costituente di un vitalizio semplicemente obbligatorio. Esse sono previste dalla legge oppure convenute contrattualmente.

§. 18. — DELLA PROTEZIONE LEGALE.

L'articolo 523 C. O. suona cosi: « il costituente di un vitalizio che trasferì al debitore un fondo ha sul medesimo l'ipoteca legale del venditore a garanzia delle sue pretese. »

Esso contempla il caso, più frequente in pratica, in cui il costituente trasferisca al debitore, quale controprestazione agli alimenti, un fondo e crea perciò come afferma l'Oser (1) una garanzia voluta dalla natura del rapporto. L'articolo è applicabile per via analogetica anche ai casi di contratti successori di vitalizio ai quali si riconnetta un trapasso di beni tra vivi; questo sarà da considerarsi come un anticipo della controprestazione, promessa dal costituente. Avvenga il trapasso nello stesso atto ossia contemporaneamente al

(1) OSER — art. 523 nota 1, riportato dalla proposta della Commissione di Langenthal.

contratto successorio di vitalizio, oppure sia esso l'oggetto di una posteriore convenzione, l'obbligo che incombe al debitore di fornire le garanzie secondo l'articolo 523 non sarà un presupposto, ma bensi un effetto del contratto stesso e sarà quindi regolato nei suoi dettagli dalle disposizioni degli articoli 835 - 837 - 838 C. C. S. Il costituente però non riceverà alcuna carta di valore (Wertpapiere) che incorpori il suo diritto, ma unicamente, qualora lo richieda, un estratto del registro fondiario che serva a confermarglierlo; ciò è relativo alla funzione dell'istituto; essa non è quella di creare un diritto di pegno autonomo (quale una cartella ipotecaria o una rendita fondiaria) atto a rendere negoziabile il diritto ma piuttosto quello di garantire le pretese strettamente personali dei contraenti.

Però l'ipoteca non sarà da considerarsi neppure in questo caso come un puro accessorio dipendente completamente nel contenuto e nella estensione dal diritto personale principale. Anche presso questa specie della costituzione di pegno immobiliare interviene una certa emancipazione dei diritti fondamentali inerenti; essa si manifesta specialmente nel rango e nella somma (importo) di pegno stabilito. Il diritto di pegno mantiene, pur variando l'importo del debito, il rango e il contenuto che gli sono attribuiti dalla sua inscrizione. (art. 838 C. C. S.).

Il pegno immobiliare istituito cosi quale ipoteca esige per la sua costituzione che sia determinato in ogni caso l'importo del credito (art. 794 C. C. S.); nel vitalizio si compone di altri importi difficili a calcolarsi per cui appare generalmente indeterminata l'obbligazione di vitaliziante; allora secondo l'articolo

794 C. C. S. II. capoverso si dovrà indicare l'importo massimo della garanzia immobiliare per tutte le pretese del vitaliziato, ossia quello con il quale si potrebbe acquistare presso un accreditato istituito di assicurazione una rendita vitalizia corrispondente alla prestazione. (art. 529 O. R.).

§. 19. — DELLA PROTEZIONE OTTENUTA MEDIANTE CLAUSOLE CONTRATTUALI.

Non sono escluse altre cautele, all'infuori di quelle citate nel §. 18, che il costituente del contratto successorio di vitalizio possa accapararsi per i suoi beni trasmessi per atti tra vivi. Queste saranno oggetto di speciali condizioni apposte al contratto.

A) *Pegno immobiliare.* — Nella maggior parte dei casi si tratterà di un pegno immobiliare istituito come ipoteca (fondiaria) la quale, analogamente alla ipoteca legale prevvista, rappresenterà una reale garanzia alle pretese vitalizie. Sebbene la forma di costituzione dell'ipoteca sia del tutto simile a quella dell'ipoteca legale, una diversità tra le due esiste per quanto riguarda l'importo della garanzia incorporata: mentre per la prima esso è largamente delimitato per la seconda dipende dalla libera convenzione delle parti; in generale però le parti si orientano secondo il sistema di calcolo offerto dalla legge.

B) *Obbligazioni personali.* — È anche prevedibile il caso in cui il costituente voglia raggiungere la tutela delle proprie pretese oltre che sulla via delle garanzie legali, su quella delle obbligazioni personali; ciò si verifica ogni volta esso ponga quale condizione del trapasso dei suoi beni tra vivi l'istituzione di una

fidejussione ossia di una persona che in luogo o accanto al vitaliziante si assuma l'obbligo delle garanzie (1).

Volendo il vitaliziato promuovere una azione verso il fidejussore esso non potrà limitarsi a provare la natura e la consistenza del debito principale, ossia del negozio giuridico intercorso tra il vitaliziato ed il vitaliziante (debitore principale); da ciò si deduce il carattere accessorio della fidejussione confermato altresì dall'articolo 14 C. O.

C) *Altri diritti a garanzia.* — Supponiamo ora un altro caso in cui il costituente di un contratto successorio di vitalizio istituisca sopra una casa trasmessa al debitore inter vivos un diritto di abitazione. Il diritto di abitazione graverebbe ora come una servitù sull' immobile trasmesso, tuttavia nella sua formazione giuridica non si potrebbe considerare come una garanzia annessa al diritto di abitazione di una prestazione vitalizia.

Istituendo la servitù il vitaliziante ha soddisfatto una volta per sempre a questa parte delle obbligazioni assunte mediante il contratto; ha sostituito per cosi dire al valore della prestazione di abitazione quello della servitù; per cui il vitaliziato facendo valere il proprio diritto di abitazione non pretende l'esecuzione di una prestazione contrattuale vitalizia ma esercita un diritto reale sulla cosa altrui; infatti verificandosi

(1) Il fidejussore potrà intraprendere una fidejussione semplice o solidale. La seconda è più rigorosa perchè il fidejussore non vi potrà opporre l'eccezione che si convenga prima il debitore principale. (art. 496 C. C. S.).

il fallimento del vitaliziante permane il diritto di abitazione quale pretesa creata mediante diritti reali dal registro fondario (1).

Praticamente però l'istituzione di un diritto di abitazione può essere considerata come cautela voluta dal vitaliziato per i suoi diritti a prestazioni vitalizie

(1) Dott. F. Fick — Iª edizione pag. 1035, annotazione all'art. 523 C. O. nota 6.

CAPITOLO DECIMO.

Dello scioglimento e della impugnazione del contratto successorio di vitalizio.

Abbiamo precedentemente affermato come il nostro contratto risulti dalla combinazione di un contratto di vitalizio e di un contratto successorio. Considerando in questo capitolo le cause che sogliono indurre le parti contraenti a ritirarsi od a rescindere il contratto e i terzi ad impugnarlo non ci sarà concesso limitarci a quelle previste per lo scioglimento dell'uno o dell'altro dei contratti che in esso coincidono.

Così prevalendo nel contratto successorio di vitalizio le disposizioni che regolano il diritto ereditario bisognerà pure che la sua revoca, per cause inerenti semplicemente al vitalizio, non risulti in contrasto con i vincoli giuridici assunti mediante il contratto successorio.

Il contratto successorio di vitalizio può essere sciolto da parte dei contraenti, invalidato da parte di terzi che vantino diritti verso i contraenti, o che siano ad essi legati da una legale pretesa ereditaria, da condizioni speciali quali potrebbero essere la morte od il fallimento del vitaliziante.

§. 20. — SCIOGLIMENTO DA PARTE DEI CONTRAENTI.

Mentre il contratto di vitalizio strettamente obbligatorio può essere sciolto da parte dei contraenti secondo gli articoli 526, 527, 528, C. O., mediante disdetta, mediante recesso unilaterale, o per la morte

del debitore, riteniamo che il solo caso che entri in linea di conto perciò che riguarda il contratto successorio di vitalizio sia il recesso unilaterale regolato dall'articolo 527 e 529 C. O.

Ammettiamo che anche l'articolo 526 C. O., prevede un recesso del contratto quindi un procedimento giuridicamente analogo a quello dell'articolo 527 C. O., che in entrambi i casi si abbia uno scioglimento unilaterale, non essendo questo assolutamente in antitesi con la disdetta; la condizione però per la quale un tal recesso diventa possibile non sarà presente per il contratto successorio di vitalizio.

Infatti il contratto di vitalizio può in ogni tempo essere disdetto dall'uno o dall'altro contraente, col preavviso di sei mesi quando le loro prestazioni convenzionali avessero un valore notevolmente ineguale e colui che riceve la maggior prestazione non potesse dimostrare la intenzione dell'altro di fare una donazione naturalmente valida per quanto fu precedentemente affermato.

Ora ci sembra che le prestazioni convenzionali dei contraenti di un contratto successorio di vitalizio siano sempre notevolmente disuguali: esse lo sono già per la loro stessa natura, obbligatorie per l'uno, ereditarie per l'altro; inoltre il debitore del vitalizio si assume una obbligazione che lo colpisce nel suo diritto patrimoniale; mentre non si può dire che la prestazione del costituente leda intimamente il costui diritto patrimoniale trattandosi di una disposizione che esercita i suoi effetti solo quando questi muoia; (infatti un trapasso di beni tra vivi non é la regola ma l'eccezione).

Per cui sarebbe illogico dedurre da questa costante ineguaglianza delle prestazioni dei contraenti la costante

revocabilità del contratto successorio di vitalizio ponendolo così in netta opposizione al contratto successorio irrevocabile sul quale rigidamente si costruisce.

Sarà invece frequente l'applicazone dell'art. 527 O. R. anche per il contratto successorio di vitalizio. Nel vitalizio obbligatorio tanto il costituente quanto il debitore del vitalizio possono unilateralmente recedere dal contratto quando a seguito della « violazione degli obblighi contrattuali » lo stesso sia divenuto insopportabile od eccessivamente oneroso. Ciò non è in modo veruno antitetico con la disposizione dell'articolo 514 C. C. S. la quale ammette che « chi per effetto di un contratto successorio ha diritto di ricevere delle prestazioni tra vivi può recedere dal contratto secondo il diritto delle obbligazioni qualora le prestazioni non siano debitamente adempiute o garantite ».

È possibile quindi invocarli in comune.

Lo scioglimento però secondo il testo dell'articolo 514 C. C. S. conduce ad un risultato unilaterale perchè secondo questo articolo il diritto di scioglimento può essere fatto valere solo da parte di chi abbia diritto di ricevere prestazioni tra vivi ; questi sarà di regola soltanto il vitaliziato, essendo eccezionale il caso in cui il costituente di un contratto successorio di vitalizio, intraprendendo una rinuncia alla propria sostanza, conceda al vitaliziante o debitore del contratto un diritto di ricevere prestazioni tra vivi..

Ora un tale risultato non è sufficiente. I due articoli non si riflettono nei riguardi dello scioglimento del contratto successorio di vitalizio ma piuttosto si completano.

Le disposizioni del C. C. S. articolo 514 vogliono agevolare la reazione contro le infrazioni contrattuali

mentre l'articolo 527 C. O. si estende a motivi inferiori che possono produrre lo scioglimento del contratto senza che per altro esista una diretta infrazione contrattuale.

Il diritto di scioglimento unilaterale del contratto di vitalizio doveva formare l'oggetto di uno speciale ordinamento non tanto per lo scambio regolare della prestazione quanto per prevedere le cause esterne e indipendenti dalla volontà delle parti che secondo la particolarità del contratto inducono al suo scioglimento.

E' naturale perciò che secondo questo principio l'articolo 527 C. O. diventi il complemento dell'articolo 514 C. C. S. nel vitalizio conchiuso mediante contratto successorio e questo speciale diritto di ritiro diventi la facoltà di entrambi senza distinzioni se le loro pretese consistano in prestazioni tra vivi o nel verificarsi di disposizioni a causa di morte.

Manifestandosi un motivo rilevante estraneo, che renda insopportabile il rapporto giuridico creato dal contratto tra le parti, non si comprenderebbe il motivo per cui la possibilità di ritiro accordata al vitaliziato fosse invece negata al vitaliziante la pretesa del quale consiste nella istituzione di erede. Il concorso personale al contratto è uguale per i due contraenti ; un loro diverso trattamento generato da preoccupazioni teoriche potrebbero renderlo ingiusto.

Il contratto può essere sciolto inoltre a richiesta dei contraenti quando da parte dell'uno o dell'altro vi siano delle infrazioni agli obblighi contrattuali. Ora per giudicare se l'infrazione degli obblighi contrattuali renda insopportabile il rapporto giuridico creato dal contratto si prenderanno in considerazione le promesse essenziali onde lo stesso ebbe vita ; specialmente si

riterrà il rapporto insopportabile se le infrazioni agli obblighi non siano singole ma ripetute oppure se sia facile prevedere che esse si verificheranno anche in futuro a detrimento del rapporto famigliare che deve per lo più intercorrere tra vitaliziato e vitaliziante.

I. — SCIOGLIMENTO DA PARTE DEL VITALIZIATO. — Il vitaliziato mantiene nel contratto successorio di vitalizio le qualità e le facoltà del disponente di un contratto successorio. Le stesse cause quindi che autorizzano il disponente a sciogliere il contratto successorio gli conferiscono il diritto di sciogliere unilateralmente il contratto successorio di vitalizio.

Esse saranno generate da un contegno del debitore del vitalizio in suo confronto tale che qualora si supponesse che questo ne fosse il suo erede necessario pure una causa di diseredazione troverebbe la sua giustificazione.

E infatti secondo il Tuor (1) è semplicemente logico e coerente che le cause le quali sciolgono il vincolo del testatore in confronto dei suoi eredi legali, per legge facciano altrettanto nel confronto dei suoi eredi divenuti necessari per contratto successorio.

Il ritiro per motivi di diseredazione costituisce una particolarità del contratto successorio di vitalizio per il quale, se il caso lo richieda, diventa applicabile l'articolo 513 II. capoverso C. C. S., contrariamente al contratto di vitalizio semplicemente obbligatorio.

I motivi di diseredazione sono contemplati dall'articolo 477 C. C. S. e comprendono al primo capoverso la commissione di un grave reato contro il disponente

(1) TUOR com. cit. art. 513 nota 20, pag. 392 fascicolo IV.

o contro una persona a lui intimamente legata. Ora trattandosi di un contratto successorio il nocciolo della questione sta nel sapere se il motivo di diseredazione inerente si limiti ai reati commessi verso la persona del disponente, ad esclusione di quelli commessi verso le persone della sua intimità. Il fatto che la legge si limiti ad annunciare all'articolo 513 per l'erede designato da un contratto successorio, un contegno iniquo in confronto del testatore perchè sia possibile lo scioglimento del contratto, ha indotto alcuni giuristi a negare, a questo proposito, una rilevante efficacia del contegno dell'erede istituito verso persone particolarmente care o legate al testatore (1).

A queste deduzioni però si oppone Tuor con ragione decisiva; in primo luogo la specificazione «in confronto del testatore» era necessaria perchè il testo dall'articolo 513 diventasse intellegibile; in secondo luogo non trova alcun conforto di logica o di praticità il fatto che «le aspettative del beneficato per contratto successorio, il quale è sovente uno straniero debbano essere protette a preferenza di quelle dell'erede legittimario di uno dei più prossimi parenti».

Le chiare conclusioni del Tuor facilitano assai quato ci proponiamo di affermare, ossia la possibilità del costituente di un contratto successorio di vitalizio di sciogliere il contratto unilateralmente se il debitore si renda colpevole di un contegno odioso verso persone che abbiano col disponente un intimo legame.

Un tale contegno verso le persone sunnominate costituisce inoltre nel caso del contratto successorio

(1) HUBER: Protocollo I., pag. 607. CURTI: Com. cit. art. 513, nota 12. ESCHER: Com. cit. art. 513.

di vitalizio un «motivo grave» per cui è applicabile lo scioglimento secondo le norme dell'articolo 527 O. R.

Accettando questa opinione avremo eliminato anche a questo proposito un eventuale contrasto tra la natura contrattuale del contratto successorio e quella del contratto successorio di vitalizio. La liquidazione del rapporto giuridico dovuta allo scioglimento per motivo di diseredazione è regolata dall'articolo 527 C. O.; il costituente del vitalizio scioglie da parte sua la istituzione di erede mediante disposizione di ultima volontà (art. 513 C. C. S. III. capoverso), mentre l'erede presuntivo, debitore del vitalizio, può chiedere di ritorno le prestazioni fornite in quanto le stesse non possono calcolarsi secondo il punto di vista del risarcimento; analogamente all'articolo 523 C. O. III. capoverso.

II. — SCIOGLIMENTO DA PARTE DEL VITALIZIANTE. — Non presenta nel contratto successorio di vitalizio prerogative che lo distinguano notevolmente dal diritto di scioglimento che può essere invocato dal debitore di un vitalizio obbligatorio.

Nello stesso modo come la prestazione del vitaliziante può subire quelle alterazioni che conferiscono al vitaliziato il diritto di domandare lo scioglimento del contratto, la istituzione di erede che costituisce la prestazione del vitaliziato, può perdere gran parte del suo valore in seguito a susseguenti disposizioni di ultima volontà da questo intraprese. (1)

(1) In questo caso non si farà azione di nullità ma di rescissione. La prima infatti competerebbe al vitaliziante se l'atto mancasse di un qualche elemento che la legge esiga per la sua validità ed ha il suo fondamento in un principio di diritto. L'atto rescindibile invece è quello che pur possedendo tutti i requisiti richiesti alla sua validità non di meno per il pregiu-

Un principio di equità garantisce quindi al vitaliziante il diritto di recedere dal contratto qualora le sue pretese convenute non trovino una possibile attuazione. Secondo la dottrina germanica, la quale per contratti analoghi al contratto successorio di vitalizio considerava piuttosto l'unione di contratti autonomi che non la loro combinazione, sarebbe difficile conciliare lo scioglimento dell'uno con quello dell'altro. Una soluzione elegante a questo proposito consiste nel fatto di ritenere la combinazione del contratto di vitalizio con la istituzione di erede come una unità economica, la quale perderebbe il proprio equilibrio dal prevalere o dalla deficenza dell'uno o dell'altro degli elementi che la costituiscono.

L'erede istituito adunque, essendo lui stesso vincolato verso il testatore dall'obbligo di prestazioni vitalizie, sarà autorizzato a domandare lo scioglimento del contratto secondo le disposizioni del diritto delle obbligazioni qualora vengano meno le sue pretese ereditarie, considerate come il movente che lo indusse al contratto.

Il vitaliziante però può chiedere lo scioglimento anche per cause che aggravino la sua prestazione o ne diminuiscano le sue pretese oltre il previsto. Il *Corriere della Sera* 22 febbraio 1927 annunciava per esempio l'inizio di un processo intentato contro una società di vitalizio: un piccolo possidente di Budapest

dizio da esso derivato ad alcuna delle parti, la legge consente che si possa considerare come non avvenuto. L'azione del vitaliziante baserà in tal caso su un principio di equità introdotto dal legislatore nel codice per temperare il rigore del diritto.

di anni 55 aveva concluso due anni fa un contratto successorio in forza del quale la società si era impegnata a passargli una rendita vitalizia. Da alcuni giorni la società ha dichiarato decaduto il contratto avendo saputo che il vitaliziato si era sottoposto alla cura Woronoff (ipotetico ringiovanimento) non avendo potuto essa prevedere due anni fa le conseguenze che sarebbero derivate da questo procedimento. Il possidente ha chiesto che il Tribunale confermi la legalità del contratto sostenendo essere naturalissimo che il vitaliziato ricorra ad ogni mezzo dell'arte medica per prolungarsi la vita. La discussione sull'argomento non è peraltro conclusa.

III. SCIOGLIMENTO DA PARTE DEI TERZI.

Lo citiamo per via negativa: l'azione di nullità o di rescissione per lo scioglimento di ogni contratto non può proporsi che dai contraenti stessi o da quello dei contraenti previsto dalla legge. Mai i terzi potranno modificare o distruggere i rapporti che la convenzione ha fatto nascere tra le parti essendo ad essa estranei. (1)

§. 21. — CONTESTAZIONE DEL CONTRATTO SUCCESSORIO DI VITALIZIO DA PARTE DEI TERZI.

Giova avantutto rilevare la differenza che distingue il diritto di impugnazione dei contraenti da quello dei terzi; i primi tendono a sciogliere il vincolo giuridico creato dal contratto impugnandolo sia per ragioni di equità, sia per la deficenza di quegli elementi che compenetrano intimamente la natura del contratto; i terzi

(1) RICCI — Com. cit. vol. VI: Delle obbligazioni e dei contratti in genere, pag. 437.

invece non vogliono l'analisi del contratto per cercarne il punto che meglio presti appiglio alle impugnazioni (anzi è presupposto dalla loro azione che il contratto sia valido e per sè stesso esistente) ma ad esso si oppongono per la ragione che gli effetti sviluppati dal contratto invadono la sfera del loro diritto. Essi non perseguono la annullazione del contratto come tale ma come generatore di diritti in collisione coi propri. Non altro il senso dell'articolo 525 C. O.

Il contratto successorio di vitalizio, come il contratto di vitalizio può ferire mediante la sua conclusione e la sua esecuzione un diritto appartenente a terzi; la legge offre quindi la possibilità di ratificare i rapporti tra i due diritti anche qualora il contratto sia avvenuto secondo le norme per esso prescritte. Oser (1) prospetta l'opinione che sarebbe sufficiente, per la tutela degli interessi dei terzi, che si procedesse ad un conguaglio economico pur conservando giuridicamente in forza il contratto; vi aggiunge però che per ragioni di opportunità il nostro codice non segue interamente questa considerazione.

L'articolo 525 C. O. prevede, quali autorizzati ad impugnare il contratto quelle persone che abbiano un diritto legale agli alimenti verso il costituente, verso gli eredi legittimari ai quali il contratto pregiudichi l'acquisto della quota legittima, e verso i creditori che si vedessero minacciati nei loro interessi.

I. — IMPUGNAZIONE PER OPERA DI COLORO CHE HANNO UN DIRITTO LEGALE AGLI ALIMENTI VERSO I CONTRAENTI.

Essa presuppone che il costituente del vitalizio abbia ad effettuare una tale spogliazione patrimoniale

(1) OSER — Com. cit. pag. 1610, art. 525 nota I.

da non essere più in grado di soddisfare ai propri obblighi di prestazioni di alimenti (cfr. articoli 159, 160, 268, 271, 275, 302, 324, 328, 330 C. C. S.).

Non ci soffermiamo a trattare questo caso di impugnazione nei suoi particolari essendo irrilevante per la pratica del contratto successorio di vitalizio.

Esso è pensabile per i casi in cui il costituente abbia realizzato già tra vivi un trapasso del proprio avere al vitaliziante; abbiamo visto però che in generale questo trapasso avviene solo quale incremento per il vitaliziante alle prestazioni vitalizie (infatti volendo spogliarsi interamente dei suoi beni il costituente avrebbe avuta più semplice via nel contratto di vitalizio obbligatorio), quindi in proporzioni assai limitate, ciò che non impedisce per lo più al vitaliziante di soddisfare ai suoi obblighi di mantenimento verso chi ne abbia il diritto.

Verificandosi però un tale caso, l'impugnazione di coloro che hanno diritto agli alimenti non sarà diretta verso il contratto successorio di vitalizio come tale, ma verso queste spogliazioni di patrimonio mediante le quali il debitore si sottrae alla possibilità di adempiere il suo obbligo; le norme da prendersi in considerazione saranno analoghe a quelle che intervengono nel contratto di vitalizio obbligatorio. (1)

II. — IMPUGNAZIONE DA PARTE DEGLI EREDI.

Non è rara conseguenza del contratto successorio di vitalizio. Di fronte alla disposizione legislativa (art. 470 ss. C. C. S.) che vuole riservata agli eredi legittimari la parte indisponibile può trovarsi il fatto che

(1) Cfr. CLAUSEN op. cit. pag. 37. HOMBERGER: op. cit. pag. 136. OSER: com. cit. annot. 523 C. O., nota 2, pag. 1610

il testatore abbia disposto mediante contratto successorio di vitalizio al di fuori dei limiti entro i quali è determinata la sua facoltà di disporre.

In questo caso il contrasto tra la volontà della legge e quella dell'uomo è chiaramente manifesta; potrà tuttavia la disposizione di ultima volontà contenuta nel contratto successorio di vitalizio considerarsi nulla di diritto in quanto ecceda il disponibile? la ratio dell'articolo 525 C. O., III. capoverso non sembra voglia giungere a questa conclusione, e ciò è ragionevole. (1)

Il Ricci ritiene che la quota di riserva « costituisca un beneficio che la legge stessa accorda ai legittimari della successione del de cujus ».

Pertanto, siccome ad un beneficio è sempre lecito rinunciare, non vi sarebbe ragione di invalidare ipso jure un contratto successorio di vitalizio che pregiudicasse il diritto degli eredi legittimi del vitaliziato quando gli stessi non agissero a tutela del proprio diritto. Se le disposizioni che eccedono dalla quota disponibile del testatore del contratto successorio di vitalizio non sono nulle di diritto, è necessario almeno, perchè l'articolo 522 C. C. S. non diventi illusorio nel nostro caso, che siano dati agli eredi del vitaliziato i mezzi per salvaguardare il proprio diritto: tale è la funzione dell'articolo 525 C. O. secondo il quale la

(1) Diversamente avveniva per le legislazioni cantonali. Di queste alcune facevano dipendere la tutela degli interessi degli eredi legali dalla forma stessa del contratto. Prima che il tribunale concedesse l'autorizzazione di concludere il contratto l'erede più prossimo aveva la facoltà di intervenire. Il §. 481 P. G. zurighese richiedeva la approvazione degli eredi. Analogamente Sciaffusa P. G. §. 1098, (1615).

azione di riduzione può essere iniziata dagli eredi del vitaliziato affinchè la quota di riserva resti libera e integra a favor loro.

A) *Dell'azione di riduzione.* — Il diritto di impugnazione mediante azione di riduzione spetta unicamente ai veri eredi e non a quelli presunti e solo entro i limiti prescritti dal diritto successorio (vedi articolo 522 ss. 535 ss. 628 ss. C. C. S.). Questo diritto era oggetto di una speciale regolamentazione nel codice del 1905 (articolo 1558) e interveniva nel caso di un avvantaggiamento del debitore oltrepassante la facoltà di disporre. (1)

La commissione dei periti (protocollo 20 ottobre 1908 pag. 14) lo aveva sottoposto a termine ed aveva dato al giudice la possibilità di pronunciare ad istanza del costituente e del debitore soltanto la riduzione della prestazione contrattuale.

Trattavasi quindi di un diritto di impugnazione durante la vita del costituente.

Per il fatto di aver sostituito alla disposizione il richiamo contenuto nel terzo capoverso dell'articolo 525 C. O. il diritto in discorso ha assunto un carattere del tutto simile a quello dell'erede legittimario comune. (2)

(1) Gli eredi del creditore possono attaccare il contratto se il valore delle prestazioni del debitore sia talmente inferiore alla controprestazione dell'altra parte che il debitore sembri avvantaggiato in misura eccedente alla quota disponibile.

(2) Così OSER, pag. 1611, nota 3, art. 525. Per quanto riguarda la letteratura e le diverse fasi dello sviluppo di questo diritto nella legislazione considerare HOMBERGER da pag. 145 a pag. 148. Inoltre confrontare: protocollo 1918, seduta 14.a, pag. 12; protocollo A. A. O., pag. 14; protocollo 17, seduta

Solo all'erede legittimario del vitaliziato spetta la facoltà di chiederne la riduzione quale unico erede che possa vantare diritti indipendenti dalla volontà del de cujus.

La domanda di riduzione non occorre sia esercitata cumulativamente da tutti i legittimari.

Basta che la richieda uno di essi perchè essa abbia vigore anche per gli altri. (1)

B) *Condizioni per chiedere l'azione di riduzione.* Perchè la contestazione del contratto successorio di vitalizio diventi possibile da parte dei legittimari è necessario il verificarsi di una condizione particolare: la morte del vitaliziato. In fondo non possiamo negare che tra l'erede legittimo del vitaliziato ed il creditore dello stesso corra una certa analogia: mentre per l'uno però basta l'insolvenza del vitaliziato per l'inizio dell'azione di contestazione, per l'altro è necessario che si apra la sua successione. Ciò è facilmente comprensibile. La pretesa ereditaria dell'erede legittimo non

del 23 Ottobre 1908, pag. 8. Supplemento al messaggio del 3 Marzo 1905 del Cons. Fed. Bollettino stenografico del Cons. Naz. (ediz. tedesca) 1909 pag. 719; Bollettino del Consiglio degli Stati 1910, pag. 231-233. Bollettino Cons. naz. 1910.

(1) Occorre aggiungere: l'azione di riduzione che spetta ai legittimari diventa parte integrante del loro patrimonio: essa può diventare oggetto di cessione o di debito, ragione per cui può essere esercitata dai cessionari o dai creditori degli eredi legittimi, il che avviene vigendo il principio che i creditori possono esercitare le azioni e i diritti spettanti al debitore per conseguire il pagamento di ciò che è loro dovuto. L'esercizio di una tale azione non può essere dedotto per analogia a favore dei creditori del defunto ai quali è riservata l'azione revocatoria.

deve limitare la capacità del testatore (quindi del costituente del contratto successorio di vitalizio) di disporre del proprio patrimonio fin tanto egli viva: l'erede legittimo contrariamente al creditore non basa la propria pretesa su un fatto certo, palpabile, ma su una possibilità la quale potrebbe venir meno con l'intervento di motivi prevedibili, quella per esempio che egli procedesse nella tomba il testatore senza che la sua pretesa ereditaria passasse ipso jure ad altri, oppure che egli si rendesse colpevole di azioni che autorizzassero il testatore e diseredarlo.

Non sarebbe perciò equo far dipendere da una causa così precaria, quale la pretesa ereditaria degli eredi legittimi, la libertà del testatore di disporre dei propri beni.

Morto invece il testatore il diritto degli eredi legittimi diventa concreto, non è più passibile di modificazioni: sarà perciò fatto valere contro le disposizioni del testatore che lo avessero infranto eccedendo dalla quota disponibile.

Concludendo, le premesse della azione di riduzione ossia per l'applicazione da parte degli eredi legittimi dell'art. 522 C. O. saranno: la morte del vitaliziato, e l'infrazione operata dallo stesso alla quota di riserva mediante il contratto successorio di vitalizio. (1)

(1) Ci sembra che da ciò risulti evidente la differenza tra il diritto di contestare il contratto delle persone aventi diritto agli elementi e quello degli eredi, quantunque gli stessi siano compendiati per ragioni di praticità nello stesso articolo 525 C. O. Il primo consegue infatti lo scioglimento del contratto, il secondo invece si estrinseca solo quando la morte del costituente abbia già sciolto il contratto ipso jure.

C) *Calcolo della quota disponibile e della riduzione.* È prescritto dall'articolo 474 C. C. S. La parte sulla quale il testatore gode della libera disposizione si determina secondo lo stato del patrimonio al momento della morte del disponente, dove, per stato del patrimonio dovrà intendersi l'importo patrimoniale netto, dedotte le obbligazioni personali del testatore. Ora il disponente del contratto successorio di vitalizio contrae mediante la istituzione di erede una obbligazione che entra in linea di conto per la determinazione dello stato del patrimonio sul quale si calcoli la quota disponibile.

L'istituzione di erede tuttavia vincola il vitaliziante ad una controprestazione; quella cioè di fornire assistenza e alimenti al vitaliziato. Per questo motivo il vitaliziante che nel contempo è il beneficato del contratto successorio di vitalizio, di fronte ad una azione dell'erede legittimario del vitaliziato chiedente la riduzione della liberalità avrà il diritto di pretendere quella che il Tuor (1) definisce una « proporzionata diminuzione della sua controprestazione » (art. 528 C. C. S., II. capoverso).

Nel calcolo della quota disponibile del vitaliziato sarà perciò dedotto quell'importo di patrimonio necessario per compensare la controprestazione del vitaliziante e sarà passibile di riduzione unicamente quanto ecceda da questo importo. (2) (art. 528 I. capoverso, 523 III. C. O.).

A questo punto ci si domanda in che modo sarà da stabilirsi il valore della prestazione vitalizia assunta dal vitaliziante? Forse attribuendo un valore pecuniario

(1) TUOR — Art. 528, pag. 495, nota 4, fascicolo 4.
(2) TUOR — Art. 527, nota 18, pag. 488, fascicolo 4.

unicamente a quanto rappresenti un onere di fatto per il vitaliziante? No certamente poichè se ciò potrebbe costituire una notevole facilitazione per la liquidazione dei rapporti giuridici che intervengono tra erede legittimario e vitaliziante, tuttavia verrebbe a sopprimere il rischio voluto dalla natura del contratto successorio di vitalizio. Determinante invece, per il calcolo della interna dipendenza nella quale la liberalità del vitaliziato (testatore) si trovi con la prestazione del vitaliziante (beneficato), sarà da parte del vitaliziante il valore capitalizzato di una rendita vitalizia secondo le norme di un solido istituto che si occupi di tali negozi. (1)

Solo quanto ecceda dall'equivalente della prestazione vitalizia così calcolato potrà costituire una liberalità del vitaliziato ed essere perciò aggiunto al rimanente per il calcolo della quota disponibile. Esempi a questo proposito sono citati dall' Homberger a pag. 151 e dal Tuor (art. 528 pag. 496, IV. dispensa 27-28). Neppure sarà concesso alle parti di eludere questa azione di riduzione mediante un trapasso di beni tra vivi, (art. 534 Z. G. B.) intervenendo qui l'applicazione dell'art. 527 I. e VI. il quale enuncia quali riducibili oltre alle disposizioni a causa di morte anche le cessioni di beni, in quanto non siano soggette a collazione, e

(1) Il codice civile italiano commentato da ADOLFO CAMOUS vol. II. note all'art. 822 pag. 71: « all'effetto di determinare la riduzione delle disposizioni testamentarie per lesione di legittima il legato di un usufrutto vitalizio si deve computare per il suo valore capitalizzato al giorno della aperta successione e secondo la probabile durata della vita dell'usufruttuario. Cassazione Torino 30 Maggio 1888, Corbellini contro Corbellini - la legge 1888, II. 295

e le alienazioni fatte del disponente colla manifesta intenzione di eludere le disposizioni sulla legittima.

Col contratto successorio di vitalizio sarà però raro assai che si cerchi una via per la quale si acceda ad una più vasta libertà di disporre, non fosse altro che per la forma rigida e le premesse che vincolano il contratto successorio.

In deroga al modo di calcolare la quota disponibile del vitaliziato di un contratto successorio di vitalizio e di ridurre la sua disposizione a causa di morte fatta a favore del vitaliziante accenniamo il caso in cui riesca comprovabile che il contratto non ebbe altro scopo se non quello di danneggiare l'erede.

È pensabile infatti che un tale contratto esterni una azione puramente illusoria: allora l'alea perde il proprio significato e il calcolo delle prestazioni del vitaliziante, qualora alcuna avesse avuto luogo perchè la simulazione fosse più completa, non sarà allestito secondo il suo valore capitalizzato ma semplicemente nel suo valore di fatto.

D) *Querela ed azione di riduzione.* — Essa compete agli eredi legittimari verso il vitaliziante e tende a ridurre la disposizione fatta dal vitaliziato a favore del vitaliziante entro i limiti della sua quota disponibile, o ad ottenere dal vitaliziante cessionario dei beni del vitaliziato la restituzione di quanto costituisca un arrichimento a suo favore al momento della apertura della successione di quest'ultimo (premessa sempre la buona fede).

La querela non potrà mai precedere l'apertura della successione; si prescrive con un periodo di anni 10, il quale decorre nel caso di contratti successori dalla morte del testatore.

Nella sfera di questa vasta prescrizione si comprende un'altra più piccola di un anno che decorre dal momento in cui l'erede legittimario ebbe coscienza della lesione apportata al proprio diritto alla parte legittima. La riduzione può essere invocata talvolta più praticamente mediante la petizione di eredità (Erbschaftsklage). Mediante l'approvazione del contratto successorio di vitalizio gli eredi rinunciano implicitamente al diritto di richiedere l'azione di riduzione. (1)

(1) Una precisa disposizione a questo proposito era contenuta nel progetto del 1905, art. 1585, cap. II. e fu levata dalla commissione di Lang. quale superflua. Protokol 1908, seduta XVa., 21 Ottobre 1907, pag. I.

LETTERATURA.

1. *Abicht* — Tesi di diritto - «Ein Betrag zur Lehre von Erbvertrag» - Oels - 1893.
2. *Amira* — Erbfolge.
3. *Amsler* — Das Aargauische Erbrecht von 1856 bis zu seiner Ersetzung durch das schweizerische Z. G. B. Aarau 1909.
4. *Arndt* — Pandekten - XII. edizione - Stoccarda 1883.
5. *Beseler* — Die Lehre von den Erbverträge - 3 volumi - 1835-1840 - Göttingen.
6. *Brinz* — Pandekten - II. edizione 1886 - Erlangen.
7. *Brunner* — Der Totenteil in den germanischen Rechten - Zeitschrift de Savigny - Stiftung germ. Abt. libro XIX.
8. *Buddeus* — In Wieske's Rechtslexikon - libro I. 1842.
9. *Camous Adolfo* — Il codice civile italiano coordinato alle leggi affini ed alla giurisprudenza. Firenze tipografia Cooperativa 1894.
10. *Clausen A.* — Der Verpfründungsvertrag - tesi di diritto Friborgo 1908.
11. *Crome* — System des B. G. B. — Volume I.
12. *Curti - Forrer Eugenio* — Il codice civile svizzero — Bellinzona — Colombi 1908.
13. *Dernburg* — Das Bürgerlische Recht des deutschen Reiches und Preussens.
    Pandekten V, edizione — Berlino 1896 - 1897.
14. Diritto Statutario del Canton Vallese.
15. *Eccius* — Der Leibrentevertrag des Bürgerlischen Gesetzbuches. In Gruchots Beiträgen - Dispensa 45 - (Gruchot - Beiträge zur Erläuterung des deutschen Civilrechts).
16. *Eddemann* — Einführung in das Studium des B. G. B. - Libro 3, 3 edizione 1899.
17. *Escher A.* — Das Erbrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches - Commentario - Zurigo 1912.
18. *Fick F.* — Das schweizerische Obligationenrecht mit Erläuterungen - Zurigo 1915.
19. *Fischer Arthur* — Tesi di diritto - «Ueber die Leibrente» Breslau 1913.
20. *Frommhold* — Kommentar zum B. G. B. Erbrecht 1899.
21. *Gengler* — Deutsches Privatrecht (1892) III. ediz., 1876.

22. *Gross* — Die Erbverträge im schweizerischen Z. G. B. - Tesi di diritto — Zurigo 1916.
23. *Gruchot* — Preussisches Erbrecht - Berlin 1886 - Vol. II.
24. *Hänsel* — Lehre von dem Auszuge oder der Leibzucht (1834).
25. *Hartmann* — Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlischen Testamenten - 1860 - Braunschweig.
26. *Hasse* — Ueber Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung von Todes halber und Wechselseitiges Testament, im Rheinischen Museum für Jurisprudenz - Vol. II., pag. 156 ss.
27. *Heusler* — Institutionen des deutschen Privatrechts 1885-1886.
28. *Homberger* — Die Verpfründungsverträge im schweizerischen Recht; Tesi di diritto, Berna - 1918.
29. *Huber* — System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes - 4 volumi - Basilea 1886-1893.
Vorträge zum Sachenrecht - Berna 1914.
30. *Klingmüller* — Der Begriff des Rechtsgrunds (Leonhards Studien) Dispensa VI. 1901.
31. *Koch* — Das preussische Erbrecht aus dem gemeinen deutschen Recht entwickelt - Berlin 1886.
32. *Krayenbühl Jean* — Etude sur les legs precedée d'un aperçu sur l'institution d'héritier, la substitution fidei commissaire et la charge d'après le C. C. S. Losanna - Ed. Payot 1916.
33. *Kretzschmar* — Das Erbrecht des B. G. B. 1910.
34. *Kühnast* — Das Erbrecht des Entwurfs eines bürgerlischen Gesetzbuches für das deutsche Reich - 1888.
35. *Jhering* — « Esprit de droit romain » — Traduzione di O. de Meulenaere.
36. *Leu* — Eidgenossisches Stadt und Landrecht - Vol. IV.
37. *Leuba Paul* — Du Régime successoral en droit suisse - Paris editore Marcel Giard — 1925.
38. *Martin Alfred* — Le code des Obligations et les contrats de droit civil - Genève - 1919-1923.
39. *Motive* — zu dem Entwurf eines bürgerlischen Gesetzbuches für das deutsche Reich - Berlin und Leipzig 1888.
40. *Neumann* — Jahrbuch des deutschen Rechts - 4. Jahrgang.
41. *Oser Ugo* — Commentario del diritto delle Obbligazioni. Traduzione del dott. Luigi Colombi - Bellinzona 1913.

42. *Pappenheim* — Launegild und Garethinx, Gierkes - Untersuchungen - Dispensa XIV.
43. *Planck* — Kommentar zum B. G. B.
44. Repertorio generale Annuale della Giurisprudenza italiana - Unione tipografica editrice torinese.
45. Repertorio di Giurisprudenza Patria - (cantonale e federale) forense ed amministrativa - Bellinzona - Tip. Comm. Leins & Vescovi.
46. *Raymond* — Du contrat Héréditaire - Tesi di diritto, Losanna 1909.
47. *Ricci Francesco* — Corso Teorico Pratico di diritto civile - Torino - Unione Tipografica Editrice 1893.
48. *Rossel Virgile e F. H. Mentha* — Manuel du Droit civil suisse - I. e II. edizione — Losanna Payot 1912-1922.
49. *Riva Alfonso* — Del Legato - Tesi di diritto - Università di Losanna, 1925.
50. *Runde* — Die Rechtslehre v. der Leibzucht oder dem Altenteile auf deutschen Bauerngütern 1805.
51. *Schiffner* — Der Erbvertrag nach dem Bürgerl. Gesetzb. 1818.
52. *Schmidt Riccardo* — Die Affatomie der Lex Salica - Monaco, 1891.
53. *Spengler Federico* — Der Leibgedingvertrag - Tesi di diritto - Würzburg — 1905-1906.
54. Statuta Civilia - della Città di Lugano.
55. *Staudinger* — Kommentar zum B. G. B.
56. *Stobbe Otto* — Handbuch des Deutschen Privatsrechts Volume V., 1885.
57. *Strohal* — Das Deutsche Erbrecht - 3 Ediz. 1903-1904.
58. *Tacito* — De moribus germanorum.
59. *Tuor* — Commentario del codice civile Svizzero del dott. Max Gmür con particolare riguardo al diritto successorio redatto dal dott. P. Tuor e tradotto dal dott. Luigi Colombi - Bellinzona, Grassi.
60. *Unger* — System des österreichischen allgemeinen Privatrechts - Libro VI, Lipsia 1871.
61. *Wagner Adolf* — Lehrbuch der politischen Oekonomie - Libro I.
62. *Windscheid* — Pandekten - VII. ediz. Volume III. Frankfurt a. M. 1891.

INDICE

Del contratto successorio di vitalizio

		Pag
Cap. I.	**Sviluppo storico del contratto successorio di vitalizio**	5
§ 1.	Origine e sviluppo del contratto successorio	6
I.	Nel diritto romano	6
II.	Nel diritto germanico	10
A)	Thinx	11
B)	Affatomia	13
C)	Donazioni a causa di morte	14
§ 2.	Origine e sviluppo del contratto di vitalizio	16
I.	Struttura economica	16
II.	Liebgeding	18
III.	Vitalizio (Verpfründungvertrag)	20
Cap. II.	**Natura giuridica**	23
§. 3.	Costruzione giuridica del contratto di vitalizio	24
I.	Natura del contratto di vitalizio in rapporto alle obbligazioni dei contraenti . .	25
A)	Il vitaliziante assume prestazioni di genere diverso	25
B)	Il vitaliziante assume più prestazioni di genere analogo da ripetersi entro termini regolari, da versarsi in denaro od altri compensi	25
C)	Il vitaliziato compensa mediante il trapasso di un bene immobile	26
II.	Analogia del vitalizio con altri istituti giuridici. (Teoria)	27
A)	Teoria della compera	27
B)	Teoria della donazione	28
C)	Teoria della successione anticipata . . .	28
D)	Teoria del contratto successorio . . .	29

		Pag.
E)	Teoria della rendita vitalizia	30
III.	Altre particolarità, del vitalizio	30
§ 4.	Costruzione giuridica del contratto di istituzione di erede	31
	Teorie predominanti:	31
A)	Teoria di Hartmann o testamentaria . .	31
B)	Seconda teoria (Windscheid - Gruchot) .	32
C)	Terza teoria (Beseler - Dernburg) . . .	33
§ 5.	Costruzione giuridica del contratto successorio di vitalizio quale contratto di istituzione di erede con contropresentazione .	34
I.	Secondo la concezione germanica . . .	34
II.	Secondo la concezione del C. C. S. . .	35
A)	Del contratto successorio come negozio casuale	36
B)	Della causa giuridica del contratto successorio di vitalizio	37
C)	Dell'onere nel contratto successorio di vitalizio	38
§ 6.	Costruzione giuridica del contratto successorio di vitalizio	41
I.	Secondo il diritto tedesco (B. G. B.) . .	42
II.	Secondo il diritto svizzero	43
III.	Natura ereditaria del contratto	45
Cap. III. § 7.	Dell'alea quale elemento essenziale del contratto successorio di vitalizio . .	48
I.	In generale	48
II.	In particolare	50
Cap. IV. § 8.	Della donazione simulata da un contratto successorio di vitalizio . . .	54
Cap. V.	Dei soggetti contraenti nel contratto successorio di vitalizio	61
§ 9.	Del soggetto costituente	61
I.	Del soggetto costituente quale testatore .	61
A)	Persona fisica	61
B)	Intervento personale. Capacità di discernimento. Età maggiore	62
	Caso particolare	63

		Pag.
A)	Prima argomentazione	64
B)	Seconda argomentazione	65
C)	Terza argomentazione	67
II.	Del soggetto costituente quale vitaliziato	68
§ 10.	Del soggetto vitaliziante	70
I.	Il soggetto vitaliziante è una persona giuridica	70
II.	L'erede istituito nel contratto successorio di vitalizio, ossia l'altra parte contraente è una persona fisica	72
§ 11.	Del rapporto dei contraenti col diritto di famiglia	73
Cap. VI.	**Delle prestazioni contrattuali**	77
§ 12.	Prestazioni del vitaliziato	77
I.	Istituzione di erede o assegno di legato (interpretazione della volontà del testatore)	77
II.	La disposizione del vitaliziato a favore del vitaliziante è una istituzione di erede	79
III.	La disposizione del vitaliziato a favore del vitaliziante è un legato	81
IV.	Il trapasso della sostanza previsto dalla istituzione di erede produce parte del suo effetto già inter vivos	84
§ 13.	Prestazioni del vitaliziante	91
I.	Estensione e vastità	93
II.	Contenuto della prestazione	96
A)	Interpretazione della volontà delle parti .	96
B)	Dell'alloggio	100
C)	Dell'assistenza	104
Cap. VII.	**Della forma del contratto successorio di vitalizio**	105
§ 14.	Norme generali	105
§ 15.	Norme particolari	110
I.	Della persona incaricata di elaborare l'atto	111
II.	I testimoni	113
III.	Altre modalità	114
Cap. VIII.	**Della protezione legale accordata al contraente vitaliziante**	118

Pag.

§ 16. Tutela legale verso il vitaliziato accordatagli dalla sua qualità di erede istituito . 118

I. Diritto di contestazione dell'erede istituito verso disposizioni intraprese dal testatore a causa di morte 119

II. Diritto di contestazione dell'erede istituito verso disposizioni intraprese dal testatore tra vivi 122

III. Tutela del vitaliziante verso infrazioni apportate al suo diritto ereditario da azioni intraprese dal testatore le quali non siano negozii giuridici 130

§ 17. Della tutela legale accordata all'erede istituito verso il vitaliziato dalla sua qualità di vitaliziante 132

Cap. IX. **Tutele accordate al costituente di un contratto successorio di vitalizio** . . 135

§ 18. Della protezione legale 136

§ 19. Della protezione ottenuta mediante clausole contrattuali 138

A) Pegno immobiliare 138

B) Obbligazioni personali 138

C) Acquisto di altri diritti 139

Cap. X. **Dello scioglimento e della impugnazione del contratto successorio di vitalizio** 141

§ 20. Scioglimento da parte dei contraenti . . 141

I. Da parte del vitaliziato 145

II. Da parte del vitaliziante 147

III. Da parte di terzi 149

§ 21. Contestazione del contratto successorio di vitalizio da parte dei terzi 149

I. Impugnazione del contratto da parte di coloro i quali abbiano un diritto legale agli alimenti 150

II. Dagli eredi 151

A) Azione di riduzione 153

B) Condizione per chiedere l'azione di riduzione 154

C) Calcolo della quota disponibile e della riduzione 156

D) Querela ed azione di riduzione 158